REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 54 – ANO 9

NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2022

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 102

c) Embargos de Declaração 363

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 366

b) Apelações 396

c) Apelações/Remessas Necessárias 530

d) Conflitos de Competência 535

e) Embargos de Declaração 539

f) Remessas Necessárias 548

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 554

b) Apelações 557

c) Embargos Infringentes 628

d) *Habeas Corpus* 663

e) Mandados de Segurança 699

f) Procedimentos Investigatórios Criminais 702

g) Recursos em Sentido Estrito 704

h) Revisões Criminais 721

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 744

b) Agravos Internos 797

c) Arguições de Inconstitucionalidade 800

d) Conflitos de Competência 804

e) Embargos de Declaração 819

f) Mandados de Segurança 824

g) Representações Criminais 870

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos Regimentais 878

b) Apelações 882

c) Apelações/Remessas Necessárias 897

d) Conflitos de Jurisdição 909

e) *Habeas Corpus* 913

f) Mandados de Segurança 922

g) Remessas Necessárias 928

5- Câmara Especial de Presidentes 938

6- Conselho Superior da Magistratura 964

7- Noticiário 987

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) 4802-9260/4802-9485
endereço eletrônico: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano IX, n. 54, nov./dez 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 SULAIMAN MIGUEL NETO**
Desembargadora DANIELA MARIA CILENTO MORSELLO**
Desembargadora ANA LUIZA VILLA NOVA**
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN**
Desembargador CLAUDIO TEIXEIRA VILLAR**

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
Desembargador EMERSON SUMARIVA JÚNIOR**

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
Desembargador CHRISTIANO JORGE Santos
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 José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador LUIZ ANTONIO Silva COSTA
Desembargador MIGUEL Ângelo BRANDI Júnior***
Desembargador Fernando PASTORELO KFOURI
Desembargador FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES**
Desembargador ADEMIR MODESTO**

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**
Desemabrgador MARCIO ANTONIO BOSCARO**
Desembargador WILSON LISBOA RIBEIRO**

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 GILBERTO FERREIRA DA CRUZ
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargador JAIR DE SOUZA**
Desembargador MARCIO ANTONIO BOSCARO**

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

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

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

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

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

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

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
Desembargadora ANNA PAULA DIAS DA COSTA**

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 ERNANI DESCO FILHO

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

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

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

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

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

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

21ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 2ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador DÉCIO Luiz José RODRIGUES***
Desembargador FÁBIO Henrique PODESTÁ
Desembargador RÉGIS RODRIGUES BONVICINO**

22ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador EDGARD Silva ROSA***
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

23ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE***
Desembargadora LÍGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**
Desembargador EMÍLIO MIGLIANO NETO**

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 612)

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 SÉRGIO Leite ALFIERI Filho
Desembargador DARIO GAYOSO Júnior
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 JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ**
Desembargadora DEBORAH CIOCCI**

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)

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 — 10:00 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargador Ricardo Braga MONTE SERRAT
Desembargador JOÃO BAPTISTA GALHARDO JÚNIOR**

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 09:30 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador ADILSON DE ARAUJO
Desembargador ROSÂNGELA Maria TELLES***
Desembargador 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***
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargador IASIN ISSA AHMED
Desembargadora CELINA DIETRICH E TRIGUEIROS TEIXEIRA PINTO**
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**

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
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**-
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**

36ª Câmara de Direito Privado (sala 601 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

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

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

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

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

Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO Luiz SASTRE REDONDO
Desembargador FLÁVIO CUNHA DA SILVA
Desembargador MARCOS GOZZO
Desembargador LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO
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**
Desembargador PAULO CÍCERO AUGUSTO PEREIRA**

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**
Desembargador CARLOS EDUARDO PRATAVIERA**

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 604)

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
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargador RICARDO Cunha CHIMENTI
Desembargador MARCELO Lopes THEODOSIO
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
Desembargadora 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**
Desembargador HUGO LEANDRO MARANZANO**

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 — TERÇA-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 ADILSON PAUKOSKI SIMONI**
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 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 — (SALA 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***
Desembargadora ERIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 609 — 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
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
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
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
Paulo Cícero Augusto Pereira
Érika Soares de Azevedo Mascarenhas
Emerson Sumariva Júnior
Claudio Teixeira Villar
Carlos Eduardo Prataviera

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2134564-13.2022.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravada MARIA DO SOCORRO SANTOS DELGADO.

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 30.297)**

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

São Paulo, 21 de outubro de 2022.

FÁBIO PODESTÁ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que rejeitou o pedido de penhora de 30% do benefício previdenciário da executada – Crédito exequendo que não corresponde à verba de natureza alimentar – Aplicação do artigo 833, inciso IV, e § 2º, do CPC – Relativização que depende da existência de renda suficiente do devedor para garantir sua manutenção, situação não demonstrada nos autos – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por **BANCO BRADESCO S/A,** tirado contra a r. decisão de fl. 279 da Origem, que, reportando-se à de fl. 260/261, em Execução por Título Extrajudicial, indeferiu o pedido de penhora sobre 30% do benefício previdenciário da executada.

Sustenta-se, em síntese: (a) não há comprovação da essencialidade dos bens (fl. 05, item III.1); (b) embora tenha que se levar em conta que o salário

Acesso ao Sumário

deve destinar-se à manutenção do devedor e sua família, há de se sopesar a efetividade processual (fl. 05, penúltimo parágrafo). Requer a concessão do efeito suspensivo (fl. 08).

Recurso tempestivo, preparado (fls. 18/19) e contra-arrazoado às fls. 23/29.

Às fls.12/3 foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Conforme se observa dos autos, o agravante pretende a penhora sobre remuneração da agravada (proventos de aposentadoria) para satisfação de dívida proveniente de contrato de mútuo, ora em execução.

Ou seja, o crédito exequendo não corresponde à verba de natureza alimentar, inexistindo demonstração nos autos de que a agravada possua vencimentos que superem a importância de 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais – únicas exceções à regra da impenhorabilidade de salários, a teor do que prescreve o artigo 833, inciso IV e § 2º, do CPC.

Confira-se, a propósito, o que estatuem referidos dispositivos legais:

"Art. 833. São impenhoráveis:

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º".

"§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º."

E, embora possível a flexibilização de tal regra, admitindo-se, frente às peculiaridades do caso concreto, a penhora de percentual das verbas de natureza alimentar, faz-se necessário, para tanto, que o devedor comprovadamente possua renda suficiente para garantir sua manutenção e dignidade, situação não comprovada nos autos.

Ao contrário, a agravada juntou os extratos de fl. 259 da Origem, demonstrando que, em janeiro de 2022, recebeu dois proventos, no valor de R$ 3.030,77 e R$ 1.997,06, com o que se presume que a diminuição do percentual objetivado pelo agravante comprometerá sua subsistência.

Logo, a r. decisão recorrida deve ser mantida.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2192161-37.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HELIO DA CONCEIÇÃO FERNANDES COSTA, é agravado INPAR LEGACY EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso", vencido o 2º Desembargador, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 34.657)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GIL COELHO (Presidente) e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO QUE REJEITOU A ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DOS ATIVOS BLOQUEADOS ON LINE – CABIMENTO – A impenhorabilidade dos ativos financeiros de até 40 salários-mínimos, prevista no art. 833, X, do CPC, deve ser considerada para outras aplicações financeiras, não se limitando à caderneta de poupança. Precedentes do C. STJ. Recurso provido.

VOTO

Vistos...

Agravo de instrumento interposto contra a parte da decisão interlocutória que, nos autos da execução de título extrajudicial, rejeitou a alegação de impenhorabilidade integral do numerário bloqueado *on line* da conta corrente do executado, ao fundamento de que o valor de R$ 8.027,99 representa sobra de proventos de pensão recebidos pelo executado em meses anteriores (fls. 934/936).

O agravante, postulando a antecipação dos efeitos da tutelar recursal, defende que a integralidade do valor objeto da penhora *on line* em questionamento teria natureza alimentar, pois decorrente do recebimento de pensão especial. Pontua que a quantia constrita é inferior à 40 salários-mínimos. Persegue, nos aludidos termos, a reforma da decisão agravada, com a determinação de desblo-

Acesso ao Sumário

queio da integralidade do valor constrito (fls. 01/14).

Tempestivo e preparado, o recurso foi processado com a antecipação dos efeitos da tutela recursal e com a intimação da agravada para resposta.

Com a contraminuta (fls. 23/30), o agravo está pronto para julgamento.

Não houve oposição ao julgamento do recurso por sessão permanente e virtual.

É o relatório.

Respeitado o entendimento adotado pela MM. juíza de primeiro grau de jurisdição, necessária a proteção dos numerários depositados com base no disposto no inciso X, do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Aludido dispositivo legal dispõe que é impenhorável *"a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos"*.

Pois bem. Em que pese na hipótese sob julgamento a constrição de valores tenha se dado em conta corrente, e a despeito da discussão acerca da natureza salarial ou não da quantia objeto da penhora ocorrida, o C. Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, para efeito da impenhorabilidade em questão, a contabilização do limite de quarenta salários mínimos pode levar em conta outras aplicações financeiras que não exclusivamente a caderneta de poupança, admitindo-se, inclusive, depósitos em conta corrente, hipótese dos autos.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE SALÁRIO. ALCANCE. APLICAÇÃO FINANCEIRA. LIMITE DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR CORRESPONDENTE A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. A Segunda Seção pacificou o entendimento de que a remuneração protegida pela regra da impenhorabilidade é a última percebida a do último mês vencido – e, mesmo assim, sem poder ultrapassar o teto constitucional referente à remuneração de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Após esse período, eventuais sobras perdem tal proteção.

2. É possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda.

3. Admite-se, para alcançar o patamar de quarenta salários mínimos, que o valor incida em mais de uma aplicação financeira, desde que respeitado tal limite.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos. (STJ, EREsp 1330567

Acesso ao Sumário

/ RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, S2 2ª Seção, j. 10/12/2014, DJe 19/12/2014, destacamos).

PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CPC DE 1973. APLICABILIDADE. REGRA DE IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 649, X, DO CPC. LIMITE DE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. CABIMENTO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – A impenhorabilidade da quantia de até quarenta salários mínimos poupada alcança não somente as aplicações em caderneta de poupança, mas também as mantidas em fundo de investimentos, em conta-corrente ou guardadas em papel-moeda, ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Precedentes.

III – Recurso Especial improvido. (STJ. REsp 1582264/PR, Rel. Minª. REGINA HELENA COSTA, T1 Primeira Turma, j. 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VERBA REMUNERATÓRIA E DE VALOR DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE.

1. Ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 14/10/2013 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016.

2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a possibilidade de penhora de 30% (trinta por cento) da verba remuneratória e dos valores depositados em conta poupança, oriundos da sobra de vencimentos recebidos pelo devedor.

3. A quantia aplicada em caderneta de poupança, mesmo que decorrente de sobra dos vencimentos recebidos pelo recorrente, não constitui verba de natureza salarial, e, portanto, não está protegida pela regra do art. 649, IV, do CPC/73; todavia, sendo inferior ao limite de 40 (quarenta) salários mínimos, reveste-se de impenhorabilidade, nos termos do art. 649, X, do CPC/73. Precedentes da Segunda Seção.

4. Por se tratar a caderneta de poupança de um investimento, ainda que de baixo risco e retorno, a lei definiu, taxativamente, o teto sujeito à garantia da impenhorabilidade, evitando, com isso, a subversão da finalidade da regra contida no art. 649, X, do CPC/73.

Acesso ao Sumário

5. **Se o próprio legislador, no art. 649, X, do CPC/73, estabeleceu o quanto considera razoável e suficiente para assegurar uma vida digna ao devedor, não há como relativizar o comando extraído do mencionado dispositivo legal, para reduzir o montante de 40 salários mínimos protegido pela lei.**

6. Quanto à interpretação do art. 649, IV, do CPC, tem-se que a regra da impenhorabilidade pode ser relativizada quando a hipótese concreta dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória, preservando-se o suficiente para garantir a manutenção do devedor e de sua família. Precedentes.

7. Ausência no acórdão recorrido de elementos concretos suficientes que permitam afastar a impenhorabilidade de parte dos vencimentos do recorrente. 8. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1452204/MG, Rel. Minª. NANCY ANDRIGHI, T3 – Terceira Turma, j. 01/12/2016, DJe 13/12/2016).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTA CORRENTE BANCÁRIA. IMPENHORABILIDADE. LIMITE. QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. 1. Agravo de Instrumento interposto em 17.12.2014. Recurso especial concluso ao gabinete em 05.09.2016. Julgamento: CPC/73. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o depósito de quantias referentes a proventos de aposentadoria, em conta corrente, retiraria a natureza alimentar da quantia depositada. 3. Reveste-se de impenhorabilidade a quantia poupada pelo devedor até o limite de 40 salários mínimos, seja ela mantida em conta-corrente, papel moeda ou aplicada em caderneta de poupança ou outros fundos de investimento. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, provido. (STJ, REsp 1624431/SP, Rel. Minª. NANCY ANDRIGHI, T3 – Terceira Turma, j. 01/12/2016, DJe 15/12/2016).

Nesse contexto, considerando que a quantia constrita junto à conta corrente do agravante mantida junto ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul é inferior ao teto de quarenta salários-mínimos previsto no Código de Processo Civil, e não presente abuso ou má-fé, necessário o desfazimento da integralidade da constrição anteriormente determinada.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso, para declarar impenhorável a integralidade dos valores constritos na conta-corrente do agravante mantida junto ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171124-51.2022.8.26.0000, da Comarca de Adamantina, em que são agravantes ELISA SOARES DE JESUS, MARLUCE GARCIA CRUZ, RUTH MARIA FERNANDES CORREA e IRINEU DE PAULA CRUZ, é agravado JOAQUIM NATALINO RODRIGUES.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.647)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO e GILBERTO CRUZ.

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Insurgência contra a decisão de acolheu o pedido. Confusão patrimonial evidenciada. Existência de grupo econômico. Aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica relação de consumo – (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor). Hipótese em que os administradores da executada vem utilizando a executada para prática de fraudes e blindagem patrimonial. Decisão mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão, digitalizada às fls. 298/303 (autos originários), que deferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica indireta da sociedade executada (ABAMSP) e dos requeridos ASSOCIAÇÃO MÚTUA DE ASSISTÊNCIA AOS SERVIDORES PÚBLICOS (AMASEP), CLADAL ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA, CONTESE CONSULTORIA TÉCNICA DE SEGUROS E REPRESENTAÇÕES LTDA e PROFEE CORRETORA DE SEGUROS S/A, bem como a desconsideração da personalidade jurídica em relação aos sócios

Acesso ao Sumário

ELISA SOARES DE JESUS, RUTH MARIA FERNANDES CORREA, IRINEU DE PAULA CRUZ, MARLUCE GARCIA CRUZ, RAFAEL LUIZ MOREIRA DE OLIVEIRA e LUIZ CARLOS MOREIRA DE OLIVEIRA, para inclusão de todos no polo passivo do cumprimento de sentença nº 0001509-82.2021.8.26.0081.

A agravante sustentaram, em síntese, a ausência dos requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil, salientando que o agravado não apresentou nenhuma prova, nem sequer mencionou um ato concreto e específico apto a configurar abuso da personalidade jurídica.

Afirmar que a ABAMSP o é uma Associação Beneficente de Auxílio Mútuo ao Servidor Público, sem fins lucrativos.

Alega que a desconsideração da personalidade é uma medida excepcional e, somente poderá ser aplicada a pessoa jurídica, para alcançar o patrimônio dos sócios, desde que um dos requisitos mencionados – desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não demonstrada pela parte agravada.

Portanto, a não comprovação da fraude ou abuso de poder por parte da Requerente, não há que se falar em responsabilização dos administradores da associação.

Assim, busca pela inaplicabilidade da pretensão de Desconsideração da Personalidade Jurídica da ABAMSP, com fundamento na TEORIA MENOR, para que os dirigentes venham a responder com seu patrimônio pelo débito de responsabilidade da Requerida, com fulcro no artigo 50 do CC/02.

Pleitearam a atribuição de efeito suspensivo e, ao final, o provimento.

Concedido efeito suspensivo (fls. 43/44), sem resposta da parte contrária.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento, cabendo a revogação do efeito suspensivo anteriormente concedido.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi criado com o propósito de permitir a expropriação do patrimônio dos sócios da empresa devedora, de sorte a ampliar a possibilidade de justa satisfação do crédito constituído, desde que preenchidos os pressupostos elencados por lei.

O art. 50 do Código Civil autoriza a desconsideração da personalidade jurídica em situações de abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Contudo, no presente caso é evidente que a relação entre exequente e executada é de consumo, mostrando-se, portanto, desnecessária a prova do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, exigida pela norma do art. 50 do Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, acolheu a Teoria Me-

Acesso ao Sumário

nor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que não requer a demonstração de abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, bastando apenas a demonstração que a personalidade da sociedade empresária configure impeditivo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, conforme se infere da leitura do art. 28, *caput* e § 5º:

> *Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*
>
> *(...)*
>
> § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A par disso, da análise dos autos, a obstaculização do ressarcimento pretendido pela consumidora é evidente, diante das informações trazidas pela própria devedora, de que há mais de um ano não possui arrecadação e que não possui bens passíveis de penhora.

Assim, em que pese a argumentação das recorrentes, resta evidente que a exequente, ora agravante, foi vítima de ilícito, praticado pelos administradores em face de inúmeras pessoas, utilizando a personalidade jurídica da executada para blindar seu patrimônio, beneficiando-se direta ou indiretamente do abuso.

Assim, não há dúvidas de elementos suficientes para a desconsideração.

Nesse sentido, a jurisprudência desta E. Corte sobre esse mesmo grupo econômico:

> *CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Desconsideração da personalidade jurídica da executada – Citação dos integrantes de sua diretoria Deferimento – Aplicação da teoria menor da desconsideração, que não exige abuso de personalidade jurídica ou desvio de finalidade, nem conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios – Art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor – Relação de consumo admitida pela sentença exequenda e caracterizada pelo oferecimento de serviços de seguro pela executada – Fato comprovado – Personalidade jurídica da ré que constitui obstáculo à satisfação do crédito – Hipótese, ademais, em que há prova de que os administradores da executada vem utilizando a personalidade jurídica para praticar fraudes e blindar seu patrimônio – Recurso provido.*
>
> *(TJSP; Agravo de Instrumento 2097645-25.2022.8.26.0000; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de*

Acesso ao Sumário

Bauru – 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/09/2022; Data de Registro: 06/09/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INADIMPLEMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. PESSOAS JURÍDICAS QUE DETÊM SEMELHANTE OBJETO SOCIAL. SEDES PRÓXIMAS. INTEGRANTE EM COMUM DE QUADRO SOCIAL. RECONHECIMENTO DA FORMAÇÃO DO GRUPO EMPRESARIAL DE FATO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL. RECURSO NÃO PROVIDO. Agravo de instrumento. Fase de cumprimento de sentença que julgou procedente ação declaratória c/c pedido indenizatório. Acolhimento de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Manutenção da decisão. Teoria menor da desconsideração. Incidência do CDC. Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Aplicação ao caso. Grupo econômico de fato. Pessoas jurídicas que detém semelhante objeto social. Sedes instaladas em locais próximos. Integrante em comum dos quadros sociais. Precedentes do Tribunal. Recurso não provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2213202-60.2022.8.26.0000; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paulo de Faria – Vara Única; Data do Julgamento: 05/10/2022; Data de Registro: 05/10/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Inclusão de pessoa jurídica no polo passivo – Viabilidade no caso para permitir o ressarcimento dos prejuízos causados à parte – Pressupostos legais preenchidos – Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2187342-57.2022.8.26.0000; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pirajuí – 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 04/10/2022; Data de Registro: 04/10/2022)

Acesso ao Sumário

Desse modo a decisão não comporta reparos devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

ACÓRDÃO

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

2109019-38.2022.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é agravante JOSÉ ROBERTO DA SILVA, é agravado COCAPEC-COOPERATIVA DE CAFEICULTORES E AGROPECUARISTAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENDES PEREIRA (Presidente sem voto), JAIRO BRAZIL e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão que indeferiu o pedido de suspensão do leilão de um imóvel. Arguição da impenhorabilidade da pequena propriedade rural pode ser feita a qualquer tempo porque não está sujeita à preclusão temporal, apenas consumativa. Suspensão do leilão, até a apreciação da questão, é medida de prudência para evitar risco de dano grave ao devedor e, inclusive a eventual arrematante do bem. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo executado contra decisão interlocutória, – proferida em execução de título extrajudicial, – que indeferiu o pedido de suspensão do leilão do imóvel (fl. 261 da ação). Sustenta, em resumo: a) não tem condições financeiras de arcar com as despesas do recurso; b) a impenhorabilidade da pequena propriedade rural é matéria de ordem pública que pode ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição; a análise da questão não depende de dilação probatória nem de manifestação da parte contrária para ser conhecida; a alegação após a avaliação e designação do leilão não impede a apreciação; c) o imóvel é pequena propriedade rural, impenhorável; o entendimento jurisprudencial a respeito; d) há risco de expropriação do bem. **Com base nisso**, **pleiteou** a gratuidade da justiça para o recurso, tutela recursal de urgência para suspensão do leilão do imóvel e, ao final, o provimento do recurso.

Deferiu-se a gratuidade da justiça e parcialmente a tutela recursal de urgência, para suspensão da expropriação do bem, com manutenção da constrição (fls. 118/19).

Acesso ao Sumário

Contraminuta a fls. 118/119.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

1. A pedido da exequente, determinou-se a penhora da parte ideal dos executados sobre o imóvel objeto da matrícula nº 4223 do Cartório de Registro de Imóveis de São Tomaz de Aquino/MG (fls. 124/125 da ação).

O oficial de justiça que avaliou o bem indicou que a parte cabente ao devedor, de 4,44,08 (4 hectares, 44 alqueires e o centiares) vale R$ 280.000,00 (fl. 189 da ação).

O coexecutado agravante compareceu aos autos, arguiu a impenhorabilidade da pequena propriedade rural e pleiteou a suspensão do leilão (fls. 202/249).

Na sequência, foi proferida a decisão agravada:

"Fls. 202 e seguintes: não se vislumbra presentes os requisitos para a suspensão pretendida, sem a manifestação da parte exequente.

Anote-se que não há contrariedade ao débito e os executados foram intimados da penhora (fls. 134 e 156), há aproximadamente 02 (dois) anos. Houve avaliação, conforme consignado nos autos também no ano de 2020, o que demonstra tempo considerável para a alegação, não se justificando o pedido formulado às vésperas do ato.

Por enquanto, manifeste-se a parte exequente no prazo de 05 (cinco) dias.

Após, tornem conclusos.

Por cautela, comunique-se o Juízo Deprecado, se possível via correio eletrônico, afim de que seja dado ciência ao Leiloeiro para cientificação dos eventuais interessados quanto ao pedido existente." **– fl. 261 da ação.**

2. A arguição de impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família pode ser feita a qualquer tempo; não há preclusão temporal, só consumativa, ou seja, apenas a apreciação anterior da matéria impede nova alegação – e conhecimento – dela.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA EXTENSÃO, NEGOU-LHE PROVIMENTO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVANTE.

1. A impenhorabilidade de bem de família pode ser alegada em qualquer fase processual ou grau de jurisdição, não se submetendo à preclusão temporal. Incidência da Súmula 83/STJ.

1.1. Na linha dos precedentes do STJ, os argumentos apresentados em momento posterior à interposição do recurso especial não são passíveis de conhecimento por importar em inovação recursal.

Acesso ao Sumário

2. Agravo interno desprovido. **(AgInt no Resp 1699511/SP, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 13/05/2019).**

Portanto, era o caso de suspensão do leilão, até a apreciação da questão, como medida de prudência para evitar risco de dano grave ao devedor e, inclusive, a eventual arrematante do bem.

3. Assim, respeitado o entendimento do juízo de origem, o leilão do imóvel deve ser suspenso até a decisão da arguição da impenhorabilidade da pequena propriedade rural

4. Destaca-se que a eventual oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios pode motivar condenação do embargante ao pagamento de multa sobre o valor atualizado da causa, não isenta pelo benefício da gratuidade da justiça, nos termos do artigo 1.026, § 2º do Código de Processo Civil.

Para o fim de interposição de recursos aos Tribunais Superiores, o que se prequestiona é a matéria e não o preceito legal ou constitucional, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *"A nulidade do julgamento por omissão tem por pressuposto a necessidade de a Câmara pronunciar-se sobre o ponto. Se a fundamentação da conclusão a que chegou independe do enfrentamento dos dispositivos legais citados pela parte, inexiste omissão sanável através de embargos de declaração"* (Resp nº 88.365/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 14.5.1996).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2234698-48.2022.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante FUNDAÇÃO DE CRÉDITO EDUCATIVO – FUNDACRED, são agravados ISAMARA CATALANO CICARELLI e CLAUDINEI CATALANO CICARELLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 121.198)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO.

São Paulo, 4 de novembro de 2022.

CARLOS ALBERTO LOPES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: * AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Pedido de indisponibilidade de bens dos devedores e inscrição dos seus nomes na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB) – Inadmissibilidade – Medida que não visa a satisfação do crédito – Desproporcionalidade da referida medida – Decisão mantida – Recurso improvido. *

VOTO

O recurso é de agravo de instrumento, interposto da r. decisão de fls. 718/719 dos autos principais, que indeferiu o pedido de comunicação à Central Nacional de Indisponibilidade de Bens, formulado pela exequente.

Alega a agravante que se equivocou o MM. Juiz ao indeferir o mencionado pleito, mormente porque não foram localizados bens dos executados, aptos à satisfação da execução.

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

A agravada, regularmente intimada, apresentou resposta às fls. 23/30.

É o Relatório.

O recurso não comporta provimento.

Fundação de Crédito Educativo – Fundacred ajuizou ação de execução por quantia certa contra devedor solvente em face de Isamara Catalano Cicarelli e Claudinei Catalano Cicarelli, objetivando o recebimento da quantia de R$35.906,13 (trinta e cinco mil e novecentos e seis reais e treze centavos), referente aos contratos de mútuo, firmados entre as partes e acostados às fls. 19/23 e 24/29 dos autos principais.

Em razão da ausência da localização de bens dos devedores passíveis de penhora, a credora solicitou o registro do nome da devedora junto à Central de Indisponibilidade de Bens.

Ao proferir a r. decisão recorrida o MM. Juiz indeferiu o supracitado pedido, eis que tal medida não traz efetividade ou mesmo benefício à exequente.

Com efeito, o mencionado sistema, criado pela Resolução nº 39/2014 do Conselho Nacional de Justiça, tem a finalidade de divulgar para os Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro de Imóveis a indisponibilidade de bens decretadas por magistrados e autoridades administrativas, com o objetivo de auxiliar nas investigações referentes ao crime.

No caso dos autos, não é cabível o registro do nome dos devedores junto à Central de Indisponibilidade de Bens, eis que, conforme decidido pelo Juízo *a*

Acesso ao Sumário

quo, não há previsão legal para tal medida, mormente por se tratar de execução de dívida cível, sem qualquer relação com o escopo de criação do sistema.

Ademais, é certo que a aludida providência não é adequada à satisfação da dívida, tampouco é compatível com o disposto no inciso IV, do artigo 139 do Código de Processo Civil, mormente por ser desproporcional e excessivamente gravosa à executada.

Aliás, impende ressaltar que a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens não tem a finalidade de buscar o patrimônio dos devedores, de modo que a mera inscrição genérica da existência do débito tem finalidade exclusivamente punitiva.

Sobre o tema, já decidiu a jurisprudência:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INDISPONIBILIDADE DE BENS POR MEIO DA CNIB – INADMISSIBILIDADE – Insurgência em face de decisão pela qual foi indeferido o pedido do agravante de inclusão dos nomes dos agravados na Central Nacional de Indisponibilidade de bens (CNIB) – Mecanismo inapropriado para a busca de bens em nome dos devedores Desproporcionalidade da medida Escopo da execução civil atendido pelas demais ferramentas de busca à disposição do credor – Decisão mantida – Agravo desprovido".[1] (grifamos)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação monitória, em fase de cumprimento de sentença. Requerimento de decretação de indisponibilidade de bens da Agravada e inscrição de seu nome na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB). Inadmissibilidade. Medida inadequada à satisfação do crédito. Incompatibilidade com o poder geral de cautela do juiz. Inteligência do art. 139, inc. IV, do NCPC. Precedentes. Decisão mantida. Recurso não provido".[2] (grifamos)

Por fim, na hipótese de localização de bens imóveis dos devedores, cabe à exequente pleitear o protesto contra a alienação de bens, para garantir que não haverá dilapidação do patrimônio, conforme o disposto no artigo 76.3, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"76.3. O protesto contra alienação de bens, o arrendamento e o comodato são atos insuscetíveis de registro, admitindo-se a averbação do protesto contra alienação de bens diante de determinação judicial expressa do juiz do processo, consubstanciada em Mandado dirigido ao Oficial do Registro de Imóveis". (grifamos)

PELO EXPOSTO, nega-se provimento ao recurso.

1 TJSP. Agravo de Instrumento nº 2021739-97.2020.8.26.0000. 12ª Câmara da Seção de Direito Privado. Des. Rel. Castro Figliolia. J. 1º.06.2020.

2 TJSP. Agravo de Instrumento nº 2216421-52.2020.8.26.0000. 12ª Câmara da Seção de Direito Privado. Des. Rel. Tasso Duarte de Melo. J. 04.11.2020.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2197695-93.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JOSÉ CARLOS DONATO LEITE e CRISTIANE COSTA MARTINS, são agravados OCTAVIO GIUSTI FILHO e FERNANDO GIUSTI (ESPÓLIO).

ACORDAM, em 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 46.677)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente) e JAMES SIANO.

São Paulo, 4 de novembro de 2022

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Inventário – Pretendida remoção do inventariante – Revelia que não implica a procedência do pedido formulado – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Elementos coligidos que já permitem a formação do convencimento – Inexistência, ademais, de razão plausível para a remoção, máxime porque o inventariante vem exercendo regularmente sua função – Eventuais divergências no tocante aos depósitos dos alugueres de imóvel que devem ser discutidas na via a tanto adequada – Litigância de má-fé – Inocorrência – Ausência de prova do dolo processual – Precedentes do C. STJ – Decisão mantida – Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido visando à remoção do inventariante.

Pretendem os agravantes a anulação do *decisum* por cerceamento de defesa decorrente da não apreciação do pedido de expedição de ofício ao Banco Itaú S/A, que se prestaria a comprovar a má administração do patrimônio deixado pelo falecido. Asseveram, ainda, que deveria ter sido determinada a exclusão da defesa do inventariante apresentada a destempo, sendo certo que os argumentos lançados pelo requerido não poderiam ter sido levados em conta.

Regularmente processado, foi apresentada contraminuta (fls. 41/54).

Encaminhados os autos ao julgamento telepresencial, em 27.10.2021, sobreveio pedido dos agravantes visando ao sobrestamento do feito, para aguardar a vinda de relevantes informações solicitadas ao Banco Itaú S/A acerca dos valores relativos ao aluguel do imóvel localizado na Av. Paes de Barros, 871, nesta Capital, que eram pagos diretamente ao inventariante (fls. 66/71).

Após manifestação da parte adversa (fls. 75/77) e novo requerimento de suspensão deduzido pelos agravantes (fls. 79/83), foi deferido o pleito, solicitando-se informações ao e. juízo de primeiro grau (fls. 92).

Em razão da notícia da expedição de novos ofícios ao Banco Itaú, a fim de serem complementadas as informações (fls. 124), o trâmite recursal permaneceu suspenso (fls. 132).

Foram protocoladas diversas petições pelas partes (fls. 135/136, 141/143, 153/159, 163/164, 171/173, 186/188 e 192/198), tendo sido noticiada a vinda das informações complementares prestadas pela referida casa bancária (fls. 169), devidamente juntadas em fls. 174/178 e 880/882.

É o relatório necessário.

Por primeiro, considerando-se o dever de velar pela solução do mérito do processo em tempo razoável (cf. art. 4º do CPC), absolutamente descabido manter-se suspenso o julgamento do reclamo, mesmo porque há um ano atrás o feito foi retirado do julgamento telepresencial, para aguardar a vinda de informações complementares do Banco Itaú S/A e que já foram devidamente prestadas.

Desse modo, não se há falar em cerceamento de defesa, mesmo porque, em caráter excepcional, foi autorizada a instrução probatória, em sede de agravo de instrumento.

Não há mais nenhuma razão plausível para que se protraia, indefinidamente, o julgamento do recurso, tendo em vista que os elementos coligidos já são mais do que suficientes à formação do convencimento da i. turma julgadora.

Convém lembrar e sempre, que o magistrado é o destinatário das provas, cabendo-lhe, assim, decidir sobre a oportunidade e necessidade ou não da produção desta ou daquela acaso requerida pelas partes, deferindo as que tenha como necessárias e negando a produção de outras que não sejam precisas.

Nesse sentido:

"Os princípios da livre admissibilidade da prova e da persuasão racional autorizam o julgador a determinar as provas que repute necessárias ao deslinde da controvérsia, e a indeferir aquelas consideradas prescindíveis ou meramente protelatórias. Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte, quando devidamente demonstrada a instrução do feito e a presença de dados suficientes à formação do convencimento"

Acesso ao Sumário

(AgInt no AREsp n. 1.457.765/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/8/2019, DJe 22/8/2019).

Por conseguinte, fica indeferido o pedido visando a novo sobrestamento do julgamento do agravo.

No mais e em que pese a argumentação expendida, o inconformismo não comporta acolhida.

Cumpre assinalar que o fato da revelia do inventariante não implica a procedência do pedido de remoção formulado pelos demais herdeiros.

A propósito, *nos termos da jurisprudência do STJ, a decretação da revelia não resulta, necessariamente, na procedência do pedido deduzido pelo autor, sobretudo quando ausente a prova dos fatos constitutivos alegados na petição inicial* (cf. AgInt no REsp 1844200/SC, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 26/10/2020, pub. DJe 29/10/2020).

De outro lado, devem mesmo ser mantida, nos autos, a farta documentação colacionada pelo inventariante, até e porque interessa às partes e ao próprio juízo.

Conforme o já assinalado, o Banco Itaú prestou informações complementares acerca dos pagamentos dos alugueres do imóvel localizado na Av. Paes de Barros, 871, nesta Capital, no período de 05.07.2016 a 07.10.2019, sendo certo que, segundo o afirmado pelo recorrido, tal imóvel também lhe pertence.

Chama mesmo a atenção a insistência na requisição de informações ao Banco Itaú, visto que o herdeiro José Carlos Donato Leite foi o inventariante no período de 20.10.2016 até 22.01.2019, de sorte que deveria ter ciência dos aluguéis pagos nesse interregno, mesmo porque assinou aditivo contratual relativo a tal imóvel (fls. 49/51 da origem).

Desse modo, é o próprio agravante José Carlos Donato Leite que deverá prestar contas do recebimento dos alugueres de tal imóvel, no período em que exerceu a inventariança e que está compreendido no pedido por ele formulado.

Por outro lado, a partir da nomeação do recorrido para a inventariança, os locativos passaram a ser depositados em juízo pelo locatário (cf. fls. 2134/2135 da origem).

No mais, como bem apontado pelo e. juízo, não há nenhum elemento que demonstre a alegada desídia do inventariante, antevendo-se, dessa forma, motivos à sua manutenção no cargo.

Para que o inventariante possa ser removido deve haver específica indicação de irregularidade que tenha praticado e existir prova a respeito, o que não se observa nos presentes autos.

Nesse sentido, aliás, já decidiu este Egrégio Tribunal:

INVENTÁRIO – Remoção de inventariante – Indeferimento – Alegação

Acesso ao Sumário

de ocultação da existência e de aquisição de bens com frutos da herança – Questões dependentes de investigação em processo adequado – Ausência de provas concludentes – Agravo não provido. (Agravo de Instrumento n. 260.306-1 – Bauru – 2ª Câmara Civil – Relator: Correia Lima – 29.08.95 – V.U.)

INVENTÁRIO – Inventariante – Remoção – Incomprovação de conduta que contrarie qualquer dos incisos do artigo 995 e seus incisos do Código de Processo Civil – Descabimento, ficando, no entanto, reduzida a verba honorária, que se apresenta exacerbada – Agravo provido em parte. (Agravo de Instrumento n. 149.299-4 – Barueri – 6ª Câmara de Direito Privado – Relator: Testa Marchi – 30.03.00 – V.U.)

INVENTÁRIO – Pretendida remoção de inventariante – Sonegação de bens alegada – Falta de prova – Indeferimento – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 10.108-4 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Privado – Relator: Maurício Vidigal – 07.05.96 – V.U.)

INVENTÁRIO – Pedido de remoção do inventariante – Alegação de retardamento do processo, por omissão – Inexistência de evidências a respeito – Decisão de indeferimento do pedido – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 92.194-4 – Santos – 10ª Câmara de Direito Privado – Relator: G. Pinheiro Franco – 17.11.98 – V.U.).

Ademais:

"O STJ possui firme o entendimento no sentido de que o magistrado tem a prerrogativa legal de promover a remoção do inventariante caso verifique a existência de vícios aptos, a seu juízo, a amparar a medida, mesmo que não inseridos no rol do artigo 995 do Código de Processo Civil de 1973; e que a ordem de nomeação de inventariante, prevista no artigo 990 do Código de Processo Civil de 1973, não apresenta caráter absoluto, podendo ser alterada em situação excepcional, quando tiver o juiz fundadas razões para tanto, sendo possível a flexibilização e alteração da ordem de legitimados, inclusive com a nomeação de inventariante dativo, para se atender às peculiaridades do caso concreto. Incidência da Súmula 83 do STJ.

(AgInt no AREsp 1388943/SP Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO 4ª Turma j. 18/06/2019 pub. DJe 25/06/2019)

Na hipótese em tela, inclusive pelas novas informações prestadas pelo Banco Itaú S/A (fls. 174/178), constata-se ter sido comprovado o destino dado aos valores levantados pelo inventariante.

Além do mais e como herdeiro, somente pode ser tido como sonegador, após declarada encerrada a descrição dos bens e a inexistência de outros a inventariar, o que não ocorreu.

Acesso ao Sumário

Conquanto o inventário tramite desde 2016, cumpre assinalar que pende de julgamento ação aforada com vistas à investigação de maternidade e à anulação de registro público, o que obsta a apresentação das primeiras declarações.

Não há, efetivamente, a demonstração da prática de nenhum ato que configure desídia do inventariante.

Outrossim e conforme o corretamente asseverado pelo e. juízo de primeiro grau (fls. 184), as alegadas divergências nos depósitos dos alugueres deverão ser discutidas na via a tanto adequada.

Por fim, apesar do tumulto causado pelas partes, com as inúmeras manifestações, neste agravo de instrumento, que, sabidamente, não comporta dilação probatória, não se entrevê, na conduta de nenhuma delas o dolo processual, elemento essencial à configuração da litigância de má-fé.

A propósito, a firme jurisprudência do C. STJ:

"Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para aplicação da multa por litigância de má-fé, há necessidade de verificação do elemento subjetivo, consistente no dolo ou culpa grave da parte, que deve ter sido reconhecido pelas instâncias ordinárias, o que não ocorre na hipótese em exame. Precedentes."

(AgInt no AREsp 1709471 / MS Rel. Min. RAUL ARAÚJO 4ª Turma j. 08/02/2021 pub. DJe 23/02/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SOCIETÁRIO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AFASTAMENTO. MERA REDISCUSSÃO DE QUESTÕES JURÍDICAS. DOLO PROCESSUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROVIMENTO.

I. A mera pretensão de discutir ou rediscutir questões jurídicas, ainda que com a apresentação de teses equivocadas, não configura litigância de má-fé, que exige, para sua aplicação, a comprovação do dolo processual, inexistente no caso concreto.

II. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1271929 / RS Rel. Min. Aldir Passarinho Junior 4ª Turma j. 16/11/2010 pub. DJe 24/11/2010) (não há sublinhado no original)

Mais, portanto, não é necessário à mantença do quanto decidido.

Essas as razões pelas quais se entende não ser possível acolher o agravo de instrumento interposto, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual pré-questionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido

Acesso ao Sumário

a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao agravo é negado provimento, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2241139-45.2022.8.26.0000, da Comarca de Cosmópolis, em que é agravante V.A.S.F., é agravada A.P.I.C..

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 40.335)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. Pedido de fixação de guarda unilateral da filha menor, formulado pelo genitor. Indeferimento. Manutenção. Circunstâncias do caso concreto não justificam a imediata alteração da custódia da menor. Afirmações trazidas pelo recorrente são sérias, mas necessitam passar pelo crivo do contraditório e por prova isenta e serena, a ser produzida em processo justo. Imputações são refutadas de modo enérgico pela genitora, como bem apontado no laudo pericial. Direito de convivência do pai assegurado. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de liminar, tirado de parte da decisão que indeferiu o requerimento de guarda unilateral da menor A.S.I.C.S. formulado pelo genitor V.A.S.F. nos autos da ação de regulamentação de guarda ajuizada em face de A.P.I.C..

Fê-lo o *decisum* recorrido, nos seguintes termos:

"Vistos. (...) Da análise superficial, única viável em sede de cognição sumária,

na esteira da manifestação do Ministério Público e considerando a conclusão do laudo psicossocial de fls. 79/84, entendo ausentes os requisitos da tutela de urgência preconizados no art. 300 do CPC, por ora, indefiro a inversão da guarda pleiteada. (...) Intime-se".

Informa o pai, inicialmente, que a decisão deve ser reformada porque os documentos dos autos evidenciam *"sinais de subnutrição, baixo peso; pediculose (piolhos); maus tratos psicológicos em desfavor da criança, de modo que em acompanhamento com o Agravante, a menor A.S. havia ganhado peso, dado que o genitor a levara a consultas médicas, utilizando-se de todos os meios para tentar manter sua filha com vida saudável"* (fls. 03).

Acrescenta que a genitora não leva a menor para exames e consultas médicas, conforme apurou junto ao hospital da UICAMP.

Diz que a mãe não dispensa os devidos cuidados à filha, e que houve demonstração nos autos principais de que a criança faltou na escola por quase quarenta dias em um curto espaço de tempo (dois bimestres).

Aduz o agravante que tomou conhecimento *"de possível processo de roubo em que a Agravada estaria respondendo, de modo que não teria acesso aos autos, por se tratar de segredo de justiça, solicitando que o juízo a quo verificasse a questão pertinente (pleito esse não apreciado)"* (sic, fls. 03).

Conclui que a filha não está em um ambiente saudável, carecendo dos recursos necessários para que haja o seu crescimento e desenvolvimento de modo harmônico. Necessita dos cuidados paternos, razão pela qual se mostra em melhores condições (financeiras e psicológicas) para cuidar da infante.

Faz menção ao fato de a parte contrária ser dependente química, afirmando que, além das drogas, a Agravada fazia uso constante de bebidas alcóolicas, condição que poderá ser comprovada mediante teste toxicológico.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às p. 1/14 pede, ao final, o provimento do recurso para que a guarda provisória unilateral seja deferida.

O pedido de liminar foi indeferido, dispensada intimação da parte contrária (fls. 129/134).

Após, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer no sentido do não provimento do recurso (fls. 140/143).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Conforme ficou estabelecido em sede de análise liminar, cujo entendimento ratifico integralmente, diz o agravante que a filha menor A.S.I.C.S., ao lado da genitora, está exposta a ambiente insalubre e perigos os mais diversos, com risco à sua integridade física e psicológica, motivo pelo qual almeja decisão de imediata inversão da guarda da filha.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

As circunstâncias do caso concreto, neste momento processual, não justificam a alteração da brusca da custódia da menor, cabendo a manutenção integral da decisão impugnada, em sede de cognição sumária.

As afirmações trazidas pelo recorrente são sérias, mas necessitam passar pelo crivo do contraditório e por prova isenta e serena, a ser produzida em processo justo.

Ou seja, o pai trouxe a conhecimento do Juízo uma série de fatos que ainda necessitam do regular exercício do contraditório e aprofundamento probatório.

Nos presentes autos, salvo manifestação do próprio recorrente, há conhecimento superficial das reais condições de sua moradia e dinâmica da nova família. Não se sabe, por consequência, qual é efetivamente a melhor solução em relação à guarda da filha.

O laudo psicossocial juntado no processo, conforme bem apontou o magistrado, concluiu o seguinte (fls. 83/84 na origem):

> "Trata-se de uma ação judicial ingressada pelo Sr. V.A.S.F. pleiteando a modificação de guarda de sua filha, de 05 anos, A.S.I.C.S., em face da genitora, Sra. A.P.I.C.. O genitor manifesta o desejo de assumir a guarda unilateral da filha alegando que a genitora não estaria cuidando adequadamente da criança em tela e fazendo-lhe acusações que não foram confirmadas através deste estudo. A genitora, por sua vez, demonstrou segurança ao rebater as acusações que lhe são feitas nos autos, negando uso de drogas ou situações de negligência em relação a filha. A requerida acredita que a principal motivação do requerente esteja relacionada ao pagamento da pensão alimentícia, assunto que está sendo discutido em outra ação judicial. Na entrevista com a Sra. A.P. não foi observado nada que a desabone no exercício da maternidade. A criança em tela demonstra forte vínculo afetivo com a genitora e demais integrantes da família materna (avós e irmãos), demonstrando tê-los como referência de proteção e segurança. Durante a avaliação realizada com A.S., ela demonstrou medo e ansiedade com a possibilidade de morar com o genitor. Assim, do ponto de vista psicossocial, não foram verificados, nesse momento, indícios deque a modificação de guarda da criança em tela irá atender aos seus interesses".

Em outras palavras, as sérias imputações são refutadas de modo enérgico pela genitora, como bem apontado no laudo pericial.

Não há como dar guarida ao relato unilateral do pai, que imputa uma série de graves comportamentos da mãe, sem prova segura a respeito, colhida com contraditório pleno.

O laudo psicossocial conclui de modo seguro os fortes laços afetivos entre a criança e a mãe. Não há, por ora, evidencias de maus tratos ou de situação de risco vivenciada pela menor.

Neste momento, cabível a aplicação do velho aforismo *quieta non mo-*

Acesso ao Sumário

vere, inexistindo razão objetiva que recomende a retirada da criança do lar da autora, que com ela convive desde o nascimento.

Dúvida não resta de que os regimes de guarda e visitação devem levar em consideração, fundamentalmente, o melhor interesse da menor.

Por melhor interesse, devem ser levados em conta, na lição da melhor doutrina, além do aspecto econômico, circunstâncias de natureza afetiva, pessoais, e outras passíveis de consideração, como ambiente social, disponibilidade de tempo, convivência com outros parentes, cuidados quanto à alimentação, vestuário, recreação etc. **(Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, p. 334).**

Como é elementar, não têm a guarda e as visitas a função primária de satisfazer aos interesses dos pais, e sim de atender as necessidades afetivas e sociais dos filhos menores, que têm direito ao pleno desenvolvimento moral, intelectual e emocional, somente possíveis com a convivência sadia com a família de ambos os genitores e respectivas famílias.

Desse modo, privar a menina abruptamente do convívio com a genitora pode lhe causar mal incerto, recomendando melhor aprofundamento probatório antes de modificação da guarda.

Lembro que o cerne da demanda consiste em analisar qual das partes reúne melhores condições de exercer a guarda, bem como a custódia física da filha comum.

Não é possível, no momento, concluir – precipitadamente – que o comportamento da genitora é totalmente incompatível com as responsabilidades inerentes à guardiã ou de que o agravante é quem realmente reúne melhores condições de exercer a guarda.

Neste momento processual – em sede de cognição sumária –, cabível a manutenção da decisão agravada, que *initio litis* apenas regulamentou situação de fato, assegurado o direito de visitas do pai.

Vale lembrar que a situação fática do regime de guarda e de visitas é dinâmica. Nada impede que, à vista de novos elementos, com prova firme de eventual inadequação do comportamento da mãe e exposição da criança a perigos dos mais diversos, possa ser reavaliada no futuro, inclusive com modificação da guarda.

O que não se mostra possível, neste momento, é a alteração brusca da guarda, com fundamento apenas em indícios e elementos que não passaram pelo regular crivo contraditório e nem se submeteram à prova segura.

Diante de tal cenário, a melhor solução do caso foi realmente manter a guarda da menina com a genitora, razão por que andou bem o MM. Magistrado de Primeira Instância ao indeferir o pedido formulado *initio litis*.

Acesso ao Sumário

Claro que se sobrevieram novas provas ou novos elementos aos autos, nada impedirá o Juiz de Direito alterar o regime de guarda, de molde a preservar o melhor interesse da criança.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171866-76.2022.8.26.0000, da Comarca de José Bonifácio, em que são agravantes ODETE DA PONTE LOPES e NELSON LOPES PEREIRA, são agravados ANTÔNIO LOPES PEREIRA e MARIA COSTA LOPES.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.146)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente) e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Recorrente que insiste na suspensão do leilão enquanto não efetivada a reavaliação do imóvel de matrícula 13.558, pretendendo seja a aplicação das multas por litigância de má fé e ato atentatório à dignidade da Justiça afastada. Acolhimento em parte. Suspensão do leilão que não se justifica, tratando-se de imóvel diverso do bem a ser reavaliado e sobre o qual o executado sequer tem propriedade. Recalcitrância em seus pleitos que enseja a aplicação das penalidades. Multas que somadas alcançam alto valor, sendo o caso de sua redução para 02 salários mínimos cada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 830/833 que assim deliberou:

"Vistos. Trata-se de Cumprimento de Sentença ajuizado pelo ESPÓLIO

DE ANTONIO LOPES PEREIRA e MARIA COSTA LOPES em face de MELISSA LOPES PEREIRA E OUTROS, objetivando, em síntese, a avaliação e a alienação do imóvel objeto da Matrícula nº 13.558 do CRI de José Bonifácio/SP, bem como a condenação dos executados NAUL LOPES PEREIRA e NAUL LOPES PEREIRA JÚNIOR ao pagamento de aluguel, no valor de R$ 100,00 (cem reais), desde a citação da ação principal (Processo nº 0004510-94.2012.8.26.0306). Satisfação da obrigação de pagar as custas e honorários (Item I fls. 658). Redução da penhora do imóvel da Matrícula nº 18.307 do CRI de José Bonifácio/SP para 2 (dois) alqueires de terra da parte ideal pertencente ao executado NAUL LOPES PEREIRA, e consequente homologação da avaliação para o importe de R$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) (Item II fls. 658/659). Determinação de reavaliação do imóvel da Matrícula nº 13.558 do CRI de José Bonifácio/SP, por Oficial de Justiça (Item V fls. 662). Auto de Reavaliação do imóvel da Matrícula nº 13.558 do CRI de José Bonifácio/SP, na quantia de R$ 155.000,00 (cento e cinquenta e cinco mil reais) (fls. 695/708). Designação de leilão eletrônico da parte ideal de 2 (dois) alqueires do imóvel da Matrícula nº 18.307 do CRI de José Bonifácio/SP (Item II fls. 718/720). Suspensão do leilão determinada (fls. 811). É o breve relatório. DECIDO. Chamo o feito à ordem. I. Prosseguimento do Leilão do Imóvel da Matrícula nº 18.307 Compulsando melhor os autos, pela leitura detalhada da Matrícula atualizada do imóvel rural sob nº 18.307 do CRI de José Bonifácio/SP, observa-se que os atuais proprietários são, tão somente, NAUL LOPES PEREIRA, NAUL LOPES PEREIRA JÚNIOR e MELISSA LOPES PEREIRA, conforme R-01, assim transcrito: 'Pela escritura de divisão amigável de 01 de outubro de 2004, do 2º Cartório de Notas desta comarca, Livro 139, fls. 164, os proprietários atribuíram o imóvel desta matrícula avaliado em R$ 87.500,00, para os condôminos NAUL LOPES PEREIRA, NAUL LOPES PEREIRA JÚNIOR e MELISSA LOPES PEREIRA, já qualificados.' (fls. 757/758). Ora, sabe-se que o objetivo do presente Cumprimento de Sentença é (i) a avaliação e a alienação do imóvel objeto da Matrícula nº 13.558 do CRI de José Bonifácio/SP, (ii) e a condenação dos executados NAUL LOPES PEREIRA e NAUL LOPES PEREIRA JÚNIOR ao pagamento de aluguel, no valor de R$ 100,00 (cem reais), desde a citação da ação principal (Processo nº 0004510-94.2012.8.26.0306). E, em relação a última Obrigação de Pagar, estabelecida, tão somente, em face dos executados NAUL LOPES PEREIRA e NAUL LOPES PEREIRA JÚNIOR, em razão do decurso do prazo sem qualquer pagamento dos valores atrasados (alugueis e multa), ocorreu a penhora da parte ideal de 2 (dois) alqueires do imóvel da Matrícula nº 18.307 do CRI de José Bonifácio/SP, avaliado em R$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) (Item II Decisão de fls. 658/659). ***Isto é, a regular constrição realizada na parte ideal do imóvel da Matrícula nº 18.307 do CRI de José Bonifácio/SP, refere-se ao inadimplemento de uma dívida atri-***

Acesso ao Sumário

buída, tão somente, em face dos devedores NAUL LOPES PEREIRA e NAUL LOPES PEREIRA JÚNIOR, os quais são exclusivos e únicos proprietários do bem. Portanto, revela-se incabível, protelatória e sem qualquer legitimidade o pedido formulado por NELSON LOPES PEREIRA (fls. 803/806) de suspensão do leilão do imóvel da Matrícula nº 18.307, uma vez que, como bem apontado pela parte exequente e pela prova documental constante nos autos, ele não é proprietário do bem e não há qualquer possibilidade de pleitear direito alheio em nome próprio (Art. 18, CPC). Além disso, não há qualquer relação ou necessidade imprescindível de que, antes da ocorrência do leilão do imóvel da Matrícula nº 18.307, seja aperfeiçoada a reavaliação do imóvel da Matrícula nº 13.558. Isto porque a alienação judicial do primeiro bem indicado decorre do inadimplemento de obrigação de pagar por parte dos executados NAUL LOPES PEREIRA e NAUL LOPES PEREIRA JÚNIOR e a forma requerida de satisfação pelos credores, enquanto que a alienação do segundo bem decorre de obrigação de fazer estabelecida no título executivo do Processo principal nº 0004510-94.2012.8.26.0306. Isto posto, determino o PROSSEGUIMENTO do leilão eletrônico da parte ideal do imóvel da Matrícula nº 18.307 do CRI de José Bonifácio/SP, nos termos do Item II da Decisão proferida anteriormente (fls. 718/720), comunicando-se ao Leiloeiro Oficial para designação de nova data, com a máxima urgência. Cumpra-se. E, ante a criação de embaraços à efetivação do cumprimento da Decisão que designou o leilão eletrônico (Art. 77, IV, CPC), condeno o executado NELSON LOPES PEREIRA ao pagamento de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, no importe de 5 (cinco) salários mínimos federais, nos termos do Art. 77, §§ 2º e 5º, do Código de Processo Civil. Além disso, por opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário e apresentar pedido com intuito manifestamente protelatório, condeno o executado NELSON LOPES PEREIRA ao pagamento de multa por litigância de má-fé em favor da parte exequente, no importe de 5 (cinco) salários mínimos federais, nos termos do Art. 81, caput e § 2º, do Código de Processo Civil. *Decorrido o prazo recursal desta Decisão e não realizado o pagamento pelo executado nestes autos, a parte exequente deverá proceder com a instauração de novo incidente processual, para a cobrança da referida multa, a fim de evitar tumulto processual e tendo em vista que o presente Cumprimento de Sentença é movido em face de diversos executados. Observe-se. II. Regularização Processual Providencie a serventia o cadastro da Curadora nomeada ao executado Nelson, a Sra. ODETE PONTE LOPES, no SAJ, bem como seu respectivo advogado, para posteriores intimações (fls. 803/806). Anote-se.* ***III. Reavaliação do Imóvel da Matrícula nº 13.558 por Perito Judicial Determino a realização de perícia por AVALIADOR de imóveis, devidamente cadastrado no sistema de Auxiliares da Justiça, para REAVALIAÇÃO do imóvel da Matrícula nº 13.558 do CRI de***

Acesso ao Sumário

José Bonifácio/SP, que cumprirá o encargo escrupulosamente, independentemente de termo de compromisso. Diante da Impugnação apresentada, atribuo o ônus ao pagamento dos honorários periciais ao executado NELSON LOPES PEREIRA, sob pena de homologação da reavaliação apresentada pelo Oficial de Justiça. Ciência. Concedo às partes o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de quesitos. intime-se o perito para que manifeste concordância com a nomeação (no prazo de 5 dias) e para que, em aceitando, apresente proposta de honorários. Havendo escusa, retornem os autos conclusos para nova nomeação de perito. Em caso de concordância, intimem-se as partes para que no prazo comum de 5 dias, querendo, manifestem-se sobre a proposta de honorários. *Se ocorrer oposição quanto ao valor da proposta de honorários, intime-se o perito para que se manifeste a respeito em 5 dias, tornando os autos conclusos a seguir para arbitramento. Caso não haja oposição ao valor dos honorários, homologo desde logo o valor da proposta, fixando a quantia no montante apresentado pelo perito; nesta hipótese, a seguir intime-se o executado NELSON LOPES PEREIRA para que providencie o depósito do montante no prazo de 10 (dez) dias. Feito o depósito, comunique-se o perito para que sejam iniciados os trabalhos. Apresentado o Laudo, INTIMEM-SE as partes para manifestação em 10 dias. Em seguida, tornem os autos conclusos. Intime-se".*

Insurge-se o agravante, indicando, em síntese, que, de rigor, a reavaliação do imóvel da matrícula n. 13.558, de forma que o pleito que gerou o presente recurso, neste trecho específico, não merece reforma. No tocante às penalidades por litigância de má fé e ato atentatório à dignidade da Justiça, além de referida condenação ter sido arbitrada, na sua ótica, de forma injusta, os valores determinados são "demasiadamente onerosos", acarretando desequilíbrio e gerando o enriquecimento ilícito em detrimento do agravante. Tece considerações sobre o artigo 805 do Código de Processo Civil e sobre a execução menos gravosa ao devedor.

Pleiteia o provimento do recurso para a reforma da r. decisão, afastando as penalidades impostas, bem como suspendendo qualquer ordem de leilão de bens antes que se proceda à avaliação da propriedade.

Recurso processado com parcial efeito suspensivo a fim de obstar a efetiva expropriação do imóvel e a exigibilidade da multa até o julgamento do recurso (fls. 19/22).

Contraminuta nos autos (fls. 29/34).

É o relatório.

O recurso comporta provimento no tocante, apenas, ao valor das penalidades fixadas.

Isso pois, nada a se alterar na r. decisão no tocante à **não suspensão** do certame, haja vista que a **reavaliação do bem imóvel de matrícula 13.558** em

Acesso ao Sumário

nada influencia o leilão do **imóvel 18.307**, sobre o qual o agravante sequer tem **propriedade**, como destacado, de forma detalhada, pelo i. Juízo a quo, que analisou e indicou todo o contexto da fase executiva.

E justamente pela **recalcitrância do recorrente** nos seus pedidos, muitos deles que ensejam o prolongamento do feito de origem – e que, como destacado em contraminuta, foram anteriormente afastados, como a questão de suspensão dos leilões –, é cabível a aplicação das penalidades.

Todavia, considerando-se aplicação de penalidades distintas – atos atentatórios à dignidade da Justiça e litigância de má fé – que, somadas, ensejam valor considerável, de rigor a **redução de 05 para 02 (dois) salários mínimos cada.**

Mais não é preciso dizer.

Por fim, prequestionada por esta Turma toda matéria infra e constitucional suscitada pelas partes, com a finalidade de ingresso às Superiores Instâncias, por meio das vias extraordinária e especial, observando-se que, em prequestionamento, torna-se desnecessária a citação expressa dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida, como o fora no teor deste acórdão.

Advirta-se, no mais, que a oposição de embargos de declaração **manifestamente protelatórios e a reiteração destes**, em evidente abuso do direito de recorrer, **poderão ensejar a incidência das penalidades previstas no artigo 1.026, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.**

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2149960-30.2022.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é agravante LUAN ARAÚJO DE MOURA, é agravado WAGNER MARINHO.

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 1.890)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), ANA MARIA BALDY e MARIA DO CARMO HONÓRIO.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

CHRISTIANO JORGE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de indenização por plágio musical. Decisão pela qual se negou os benefícios da gratuidade de justiça. Insurgência do autor. Acolhimento. Insuficiência de recursos devidamente comprovada diante dos demonstrativos de pagamento, dos extratos bancários e da declaração de imposto de renda. Verificação da capacidade de as custas, despesas processuais e honorários advocatícios prejudicarem o seu sustento durante o trâmite do processo até o trânsito em julgado do provimento jurisdicional, inclusive por conta do valor econômico pretendido. Concessão da gratuidade da justiça.

Recurso provido. Decisão reformada.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão pela qual, nos autos de ação de indenização por plágio musical com pedido de tutela antecipada movida por Luan Araújo Moura em face de Wagner Marinho, foi negada a gratuidade de justiça pleiteada pelo autor (fl. 44 da origem).

Em despacho, determinou-se tão somente a intimação da parte contrária para apresentação das contrarrazões diante da ausência de pedido liminar (fls. 82/83).

Não há contrarrazões (fl. 90).

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia dos autos ao exame de possível preenchimento pelo agravante dos requisitos legais para fazer jus às benesses da justiça gratuita.

Em suas razões, o requerente sustentou, em suma, não deter capacidade financeira o suficiente para arcar com as custas e despesas processuais em virtude de baixa renda auferida por mês como frentista e do seu dever de sustentar uma filha pequena.

Diante destas alegações e do que consta dos autos, o inconformismo prospera.

Nos termos do artigo 98 do Código de Processo Civil 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 hipótese dos autos, logrou o requerente comprovar a sua incapacidade de arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios sem o prejuízo de seu sustento e de sua família.

Acesso ao Sumário

De acordo com os demonstrativos acostados, o requerente, frentista (fls. 32/33 da origem), aufere, em média, renda mensal líquida próxima de dois salários-mínimos (fls. 16/19 e 70). Dos extratos bancários, ademais, não se extrai movimentações financeiras além daquelas essenciais para o custeio das suas necessidades básicas (fls. 20/69).

Além destas evidências, deduziu o requerente pretensão cujo valor econômico alcança a monta de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o qual, segundo alegado, reflete os danos materiais e morais incorridos em função de o requerido ter supostamente plagiado música de sua autoria (fl. 9 da origem).

Assim, não se pode ignorar a capacidade de todos os encargos processuais até o trânsito em julgado do processo refletirem na já precária situação financeira do agravante, não se podendo ignorar, ainda, a sua obrigação de pagar os honorários de seu advogado, cuja contratação, nos termos do artigo 99, § 4º, do Código de Processo Civil, não impede a concessão da gratuidade de justiça.

Por estas razões, é o caso de se alterar a r. decisão recorrida e conceder ao agravante as benesses da gratuidade da justiça.

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).

Pelo exposto, **CONFERE-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216348-12.2022.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante K.S.G., é agravado R.A.G..

ACORDAM, em 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 55.323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 8 de novembro de 2022
DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS.

Decisão que concedeu a tutela de urgência para suspender a obrigação de o genitor prestar alimentos ao filho. Insurgência do réu. Manutenção. Agravante que atingiu a maioridade, atualmente com 23 anos de idade. Notícia de que exerceu atividade remunerada, demonstrando aptidão ao trabalho. Abandono dos estudos em ensino superior não esclarecidos. Frequência em curso pré-vestibular que, em princípio, não justifica a manutenção da obrigação alimentar.

DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

1.– Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 90/93 dos autos de origem, que, nos autos de ação de exoneração de alimentos, concedeu a tutela de urgência nos seguintes termos: *"Considerando que o réu atingiu maioridade e atualmente encontra-se trabalhando conforme carteira de trabalho de fls. 26/28, havendo, na hipótese, fundado receio de dano irreparável caso a pretensão inicial venha ser acolhida ao final, após o trânsito em julgado da sentença, defiro o pedido liminar para suspender a obrigação do autor de pagar pensão alimentícia ao réu."*.

Insurge-se o réu.

Consoante as razões de fls. 01/10, afirma que está desempregado desde fevereiro do presente ano e necessita do pagamento da pensão alimentícia para continuidade de seus estudos, já que está matriculado em curso pré-vestibular.

Requer, assim, o provimento do recurso, visando à continuidade da prestação alimentícia.

O recurso foi processado, sem atribuição de efeito suspensivo (fls. 12/13).

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 18/33).

O agravante apresentou **oposição** ao julgamento virtual (fls. 15).

É o relatório.

2.– O recurso não merece acolhimento.

Com efeito.

Houve o alcance da maioridade pelo recorrente, atualmente com 23 anos

Acesso ao Sumário

de idade, de maneira que estão extintos o poder familiar e os deveres que sintetiza, como aquele de sustento dos filhos, nos termos do artigo 1.635, inciso III, do Código Civil.

Não se olvide, neste tocante, que o mero atingimento da maioridade não é fato suficiente a fundamentar a pronta exoneração. Nesse sentido é a **Súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos".**

Na espécie, contudo, a maioridade do alimentando aliada a plena aptidão para o trabalho, em sede de cognição sumária, é suficiente para manutenção da decisão que concedeu a tutela de urgência.

Nesse contexto, embora argumente que não está trabalhando, consta dos autos que exerceu atividade remunerada de 01/04/2019 a 04/02/2022 (fls. 138/141), de modo que é possível concluir que é pessoa apta ao trabalho.

Ademais, ainda que comprove estar matriculado em cursinho pré-vestibular, há informações nos autos de origem que indicam que ele teria deixado de frequentar a faculdade em 2021, fato que não foi devidamente esclarecido no presente recurso.

Nesse contexto, a mera frequência em curso pré-vestibular, após anos de formação em Ensino Médio e após notícia de abandono dos estudos em nível superior, não justifica, *a priori*, a manutenção da obrigação alimentar.

Desse modo, nada há a prover quanto à decisão recorrida, que acertadamente determinou, por ora, a suspensão da obrigação alimentar.

3.– Ante o exposto, de rigor o desprovimento do recurso.

RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2223694-14.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARILY DOS SANTOS ALVARES, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.474)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), SOUZA LOPES e IRINEU FAVA.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.
LAERTE MARRONE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fundada em título executivo extrajudicial. Fase de cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio de quantia (inferior a 40 salários mínimos) constrita em caderneta de poupança. Recurso do exequente. 1. Com efeito, como regra, a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos, é impenhorável (artigo 833, X, do Código de Processo Civil). A finalidade da lei é preservar a quantia guardada (poupada) pelo devedor para garantir a sua subsistência. Atentando-se para a teleologia da norma que é fundamental no processo de interpretação/aplicação do direito (artigo 5º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro), afigura-se possível, excepcionalmente, afastar a impenhorabilidade quando ficar constatado um quadro de abuso, no sentido de que um desvirtuamento da utilização da caderneta de poupança. 2. No caso em tela, os dados constantes dos autos apontam para um desvirtuamento da caderneta de poupança. Com efeito, o extrato juntado aos autos dá conta de intensa movimentação, com inúmeros créditos e débitos de valores expressivos. E há registros de várias transferências e pix's, ou seja, negócios jurídicos em que existe pagamento a outros credores, em detrimento do exequente. Divisa-se, na espécie, um quadro extraordinário, a desvelar uma distorção no uso da caderneta de poupança, que, na realidade, tem funcionamento como instrumento de pagamentos por parte da agravada, não avultando o escopo de poupança para garantir a subsistência. 3. Cenário que permite o afastamento da impenhorabilidade. Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Marly dos Santos Alvares** contra decisão judicial que, na fase de cumprimento de sentença, em que figura como exequente Banco Bradesco S/A indeferiu o pedido de desblo-

queio de valores depositados em conta poupança (fls. 16 dos autos de impugnação de crédito).

Alega, em suma, que a quantia constrita é absolutamente impenhorável, nos termos do artigo 833, inciso X, do CPC, pontuando que ainda pende recurso especial manejado contra a decisão que formou o título executivo. Postula a desconstituição da penhora.

Foi deferido parcialmente o pedido de tutela antecipada, a fim de se evitar o levantamento dos valores penhorados pela parte agravada (fls. 13/14 dos autos recursais).

Recurso regularmente processado, com a apresentação de resposta (fls. 18/22).

É o relatório.

2. Inconsistente o reclamo.

3. A decisão agravada veio assim vertida:

"Vistos,

A previsão legal de impenhorabilidade dos valores depositados em conta poupança, até o limite de 40 salários-mínimos, inserida no art. 833, inciso X do CPC, visa proteger a economia popular, considerando que pequenas quantias são vistas como imprescindíveis para a pessoa enfrentar as instabilidades financeiras, mantendo o mínimo para sua subsistência.

E nesse ponto, é importante consignar que a impenhorabilidade não é absoluta,

Na hipótese, o que se extrai do conjunto probatório, é que as verbas foram penhoradas em contas bancárias utilizadas para recebimento de outros valores diversos (recebimento de PIXs, transferências etc.), o que desnatura a natureza de conta poupança, posto que são utilizadas como contas correntes remuneradas.

Assim, competia aos executados o ônus de comprovar a alegada impenhorabilidade, sob pena de serem mantidas as constrições, o que não ocorreu na hipótese dos autos, daí porque fica mantida a penhora, por ora.

Manifeste-se a exequente em termos de prosseguimento.

Int." (fls. 16 dos autos principais).

4. Foi bloqueado o valor de R$ 4.333,04 (fls. 14 dos autos principais), depositado em caderneta de poupança (Banco Itaú).

Com efeito, como regra, a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos, é impenhorável (artigo 833, X, do Código de Processo Civil). A finalidade da lei é preservar a quantia guardada (poupada) pelo devedor para garantir a sua subsistência. Atentando-se para a teleologia da norma que é fundamental no processo de interpretação/aplicação do direito

Acesso ao Sumário

(artigo 5º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro), afigura-se possível, **excepcionalmente**, afastar a impenhorabilidade quando ficar constatado um quadro de abuso, no sentido de que um desvirtuamento da utilização da caderneta de poupança.

Neste sentido, o **Superior Tribunal de Justiça** tem ressalvado a possibilidade da constrição quando evidenciado abuso, má-fé ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as **circunstâncias da situação concreta** (cfr, por exemplo, **AgInt no REsp nº 1.991.091, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 23/6/2022**), embora a simples movimentação atípica, por si só, não seja apta a arredar uma situação deste tipo **(AgInt no REsp nº 1.951.550/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 11/10/2021).**

5. Pois bem, no caso em tela, os dados constantes dos autos apontam para um desvirtuamento da caderneta de poupança. Com efeito, os extratos juntados aos autos (fls. 9, 10/11, 12/13 e 14 dos autos de impugnação à penhora) dão conta **de intensa movimentação**, com inúmeras transferências bancárias, pix's e pagamentos em valores expressivos, **ou seja**, negócios jurídicos em que existem pagamentos a terceiros, em detrimento do exequente, na linha do que sustentando pela agravante, nas razões de recurso. Vale dizer, divisa-se, na espécie, um quadro extraordinário, a desvelar uma distorção no uso da caderneta de poupança, que, na realidade, tem funcionamento como instrumento de pagamentos por parte do agravado, não avultando o escopo de poupança para garantir a subsistência.

Assim sendo, **a hipótese era mesmo de afastamento da impenhorabilidade.**

Neste sentido, essa Corte tem permitido a penhora nessas situações extraordinárias.

"Execução de título extrajudicial. Bloqueio de ativos financeiros da coexecutada. Impugnação à penhora. Rejeição. Reforma, em parte. O bloqueio ocorreu no dia 27/01/2022, incidindo sobre R$12.101,14. Os proventos de aposentadoria da coexecutada (R$1.972,52) foram depositados no dia 07/01/2022. No interregno entre os dias 07 e 27 daquele mês a coexecutada efetuou débitos no total de R$1.739,43. Logo, o bloqueio incidiu sobre R$233,09 que não podem ser penhorados, por se tratar de verba com natureza alimentar. Outrossim, considerando os rendimentos totais da coexecutada (R$3.384,93), não é possível relativizar a regra da impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, sob pena de violação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. No mais, o bloqueio incidiu sobre saldo do mês anterior (R$10.903,61), sobre um depósito em dinheiro (R$900,00) e sobre valores depositados a título de remuneração da conta (R$64,44). A despeito do nome atribuído à "conta-poupança", a conta ban-

Acesso ao Sumário

cária não possui as mesmas características de uma caderneta de poupança, da qual trata o art. 833, inc. X, do Código de Processo Civil. Apesar de se tratar formalmente de conta-poupança, a movimentação revela utilização como verdadeira conta corrente. Portanto, não há falar em impenhorabilidade por tal fundamento, uma vez que há evidente perda da finalidade que a caracteriza: economia de rendimentos. Referida conta bancária é utilizada para saques, transferências e compras a débito, sofrendo movimentação financeira típica de uma conta corrente. A conta "poupança" ora tratada possui uma nítida natureza circulatória dos valores depositados, sujeitos à constrição judicial e desprotegidos da impenhorabilidade. Por fim, o ordenamento jurídico não impede o bloqueio de ativos depositados em conta corrente tão-somente por se tratar de valores inferiores a quarenta salários-mínimos. Impenhorável é a quantia inferior àquele patamar depositada em conta-poupança (e desde que esta mantenha sua natureza legal), e não qualquer dinheiro depositado em conta corrente ou de investimento." (AI nº 2055274-46.2022.8.26.0000, relatora Desembargadora Sandra Galhardo Esteves; j. em 31.05.2022).

"Penhora – Execução de título extrajudicial – Bloqueio de ativos financeiros no sistema bancário – Arguição, pela executada, de impenhorabilidade, fundada no art. 833, inciso X, do novo CPC, como se os ativos estivessem em caderneta de poupança e inferiores a 40 salários mínimos – Arguição rejeitada – Ativos em conta apenas intitulada poupança, em sendo verdadeira conta-corrente de livre movimentação – Impenhorabilidade que é de interpretação estrita, "numerus clausus", diante da regra geral de que o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros, para o cumprimento de obrigações (art. 789 do novo CPC) – Dinheiro em conta-corrente que é fungível por excelência e se desprende da origem – Recurso desprovido." (AI nº 2020259-16.2022.8.26.0000, relator Desembargador Cerqueira Leite, j. em 19.04.2022).

6. Ante o exposto, **nego provimento ao recurso, tornando sem efeito a decisão que deferiu, em parte, o pedido de tutela antecipada.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2091000-81.2022.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é agravante ROBERY BUENO DA SILVEIRA, são agravados MC DA SILVA VEDAÇÕES e MARIO CARNEIRO 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.616/2022)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente) e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

LUÍS ROBERTO REUTER TORRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de Execução – Insurgência do exequente contra a r. decisão que indeferiu o pedido de bloqueio "on line" de reiteração automática, por meio do sistema Sisbajud, modalidade conhecida como "teimosinha" que tem a finalidade de conferir celeridade e efetividade ao procedimento executivo – Cabimento – Princípio da efetividade da execução, que deve ser feita no interesse do credor – Determinação para a realização da pesquisa pretendida – Aplicação do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil – Precedente desta C. 27ª Câmara de Direito Privado – Decisão reformada – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de Recurso de Agravo de Instrumento Interposto por ROBERY BUENO DA SILVEIRA em face de "M. C. DA SILVA VEDAÇÕES" e MÁRIO CARNEIRO DA SILVA contra a r. decisão de fls. 295/297, nos autos da Ação da Execução de Título Extrajudicial Espécies de Contratos, que indeferiu o pedido da funcionalidade chamada *teimosinha*, na busca de ativos financeiros pelo sistema SISBAJUD.

Proferida a r. decisão, cujo se colaciona a seguir:

"Vistos. Indefiro a adoção da funcionalidade chamada teimosinha, na busca de ativos financeiros pelo SISBAJUD. Sobre o tema, recente Acórdão proferido pelo E. TJDF confirmou o indeferimento da funcionalidade, considerando três abordagens que incompatibilizam o sistema com a prática judicial e com a lei vigente, quais sejam: o número excessivo e individual de protocolos de cada resposta; os prazos múltiplos de impugnação e a necessidade de intervenção judicial, em vinte e quatro horas no caso de excesso ou impugnação, o que poderia configurar crime de abuso

Acesso ao Sumário

de autoridade. Confira-se o V. Acórdão, publicado em junho de 2021: TJDF – Processo 07188956420218070000 – Relatora Desembargadora Simone Lucindo – "...No sistema denominado teimosinha cada dia gera um novo número de protocolo, com sua resposta correspondente, sucessivamente, durante o período de até trinta dias, o que representaria trinte respostas a serem processadas pelo operador do juízo. Os valores bloqueados ... não são aglutinados em uma única transferência, mas manualmente, deverão ser transferidos um a um, com diferentes identificadores, para diferentes contas judiciais, impactando diretamente nas rotinas de expedição de alvarás e ofícios de transferências. Isso se falarmos de um cumprimento de sentença com um único executado. Se forem três... haverá para um único processo um total de noventa respostas a serem processadas individualmente. Com transferências manuais ... uma sistemática de trabalho que foge consideravelmente da razoabilidade e atenta contra a celeridade do desempenho que se espera das equipes envolvidas na prestação jurisdicional... A segunda delas ... diz respeito ao prazo processual para impugnação do bloqueio e da penhora ... tomaria do juízo a data de cada uma das construções, com sucessivas peças de impugnação e respectivas respostas ... E a terceira abordagem ... tão preocupante quanto as anteriores é a constatação de que o Código de Processo Civil atribui ao Juiz o dever de determinar o cancelamento de indisponibilidade excessiva em 24 horas (vinte e quatro horas), bem como acolher ou rejeitar impugnação do executado, também no prazo de 24 horas (vinte e quatro horas)... indaga-se como fazê-lo diante de um sistema que roda diariamente ... a ausência de intervenção judicial... pode representar em tese tipo penal inscrito na Lei de Abuso de autoridade (Lei nº 13.869.2019). Cada penhora on-line em contas bancárias deve ser analisada, especificamente. Nesse sentido: TJDF – Agravo de instrumento 0008801-79.2013.8.7.0000 – ... os pedidos sucessivos de penhora on line devem ser motivados, o que conduzà impossibilidade de ser deferido bloqueio sucessivo sobre a conta corrente do devedor, para o caso de um eventual saldo. A penhora sucessiva causa, por via reversa, efeitos de declaração de insolvência ou falência, eis determinada perante um só credor e não na situação de real insolvência. Também constitui espécie de bloqueio das contas correntes e aplicações do devedor, medida esta que também só se pode efetivar diante de situações cautelares específicas. Por outro lado, nas situações em que a penhora on-line simples foi infrutífera, o recurso não caberia, diante de sua presumível inocuidade, em comparação com os custos em tempo e recursos humanos do Poder Judiciário, que não é um órgão de recuperação de crédito, mas sim de solução de conflitos. Por fim, da mesma forma já decidiu o E. TJSP, no

Acesso ao Sumário

Agravo de Instrumento de nº 2109450-82.2016.8.26.0000: ... Não existe necessidade e utilidade de reiteração sucessiva de penhora on-line, cabendo ao juízo o dever de impedir medidas inúteis e desnecessárias que apenas abarrotem os serviços da Secretaria. Nada impede nova tentativa, mas não em tão curto espaço de tempo, a menos que a parte justifique seu cabimento, demonstrando alteração da situação financeira do devedor. Ante ao exposto, indefiro o bloqueio reiterado. Manifeste-se o credor em prosseguimento. Na inércia, ao arquivo. Intime-se".

Inconformado, o agravante interpõe o recurso de Agravo de Instrumento para que seja reformada a r. decisão agravada, aduzindo em síntese, que a nova funcionalidade implantada pelo SISBAJUD "teimosinha", visando mais uma forma de possibilitar a satisfação da execução.

Pugna, para que o presente recurso seja recebido e processado, ao final, dado provimento, reformando-se a r. decisão agravada, a fim, de que seja realizada a pesquisa de ativos financeiros, por meio do sistema SISBAJUD, com repetição pelo período de 60 dias, na modalidade conhecida como "teimosinha" contra os agravados (fls. 1/13).

Recurso recebido, isento de preparo, tendo em vista que o agravante é beneficiário da justiça gratuita (fls. 27/28).

A parte agravada devidamente intimada fls. 60, não apresentou sua contraminuta.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Respeitando o entendimento contrário, o presente recurso merece ser provido.

A parte agravante formulou pedido ao juízo de "a quo" para que seja realizado o bloqueio on line nas contas bancárias dos agravados, por meio do sistema Sisbajud, na modalidade conhecida como "teimosinha" com repetições pelo período de 60 (sessenta) dias, contra os agravados.

A r. decisão agravada indeferiu o pedido ao considerar a ausência de funcionalidade a utilização dos sistemas de busca de ativos, pois, não haveria razão para repetição das diligências e considerou que incompatibiliza o sistema, a prática judicial com a lei.

Não há motivo concreto, que justifique o indeferimento, sendo que a execução decorre em favor do credor.

Assim, nada impede de ser realizada nova pesquisa no sistema Sisbajud, inclusive, bens livres a fim de satisfazer o seu crédito, cabendo à parte solicitar tais pedidos, caso haja interesse, sendo possível que tenha ocorrido a modificação da situação fática, pois, é plausível a renovação da pesquisa pleiteado pelo

Acesso ao Sumário

recorrente, em respeito ao princípio da celeridade processual.

Com efeito, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, estabelece que o juiz pode *"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"*.

Nesse sentido, segue o precedente desta C. 27ª Câmara de Direito Privado:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu a pesquisa de ativos financeiros do devedor, via SISBAJUD, na modalidade conhecida como 'teimosinha'. Inconformismo da parte exequente. Acolhimento. Modalidade de pesquisa de ativos financeiros conhecida como 'teimosinha' que implica na reiteração automática, por determinado período, de tentativas de constrição nas contas bancárias da parte executada. Medida avalizada pelo Conselho Nacional de Justiça. Ferramenta oficial disposta ao Estado-Juiz e que se coaduna com os princípios da economia e celeridade processuais. Execução que tramita no interesse do credor. Inexistente justo motivo para o indeferimento, é de rigor a procedência do pedido, que visa, em última análise, à entrega do provimento jurisdicional satisfativo. Decisão reformada. Recurso provido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2113379-16.2022.8.26.0000; Relator (a): Rogério Murillo Pereira Cimino; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Indaiatuba – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/06/2022; Data de Registro: 08/06/2022).*

Tal medida se compatibiliza com a finalidade do procedimento executivo que é a da satisfação do crédito exequendo no interesse do credor, e a utilização do mecanismo deve ser prestigiada até para que se possa aferir a sua real efetividade.

Ressalto, que 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.

Por fim, pelos motivos alinhavados, de rigor, a reforma da r. decisão recorrida, para que seja deferido o pedido de penhora on line, por meio do sistema Sisbajud na modalidade de "reiteração automática", conhecida como "teimosinha" pelo período de 60 (sessenta) dias. Saliento que sendo exitosas as diligências, eventuais impenhorabilidades deverão ser aferidas à luz do caso concreto.

Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2194422-72.2022.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado DULCE MARIA COSTACURTA PRUDENTE CORREA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.955)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Decisão que homologou os cálculos do perito judicial. Pretensão do executado agravante de reconhecimento de erro de cálculo. DESCABIMENTO: Ausência de demonstração de erro de cálculo dos juros moratórios elaborado pelo perito contábil com base no ano comercial de 360 dias. Ordem de Serviço DEPRI nº 01/98 e Precedentes desta C. Corte. Decisão mantida.
RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 498/499 do cumprimento de sentença nº 1041277-57.2016.8.26.0506 que, dentre outras medidas, rejeitou a impugnação do banco executado, ora agravante, e homologou o laudo pericial.

O executado agravante sustenta, em síntese, que o laudo pericial apresenta um pequeno equívoco técnico em relação ao cálculo dos juros moratórios, o que resulta em excesso de execução. Insurge-se contra a utilização do calendário comercial de 360 dias ao invés de dias corridos (calendário civil de 365/6 dias), conforme fórmula matemática demonstrada nos autos. Pleiteia a concessão de efeito suspensivo e ao final o provimento do recurso para o reconhecimento de

Acesso ao Sumário

erro de cálculo e, por consequência, o excesso de execução.

O efeito foi indeferido.

Foram dispensadas as providências do art. 1.019, II do CPC.

O recurso foi redistribuído por prevenção ao agravo de instrumento nº 0499798-20.2010.8.26.0000.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A pretensão do executado agravante de utilização do denominado "ano civil" de 365/6 dias ao invés do "ano comercial" de 360 dias e o mês com 30 dias contraria o entendimento deste E. Tribunal de Justiça.

Com efeito, a Ordem de Serviço DEPRI nº 01/98, assim dispõe sobre a fórmula de cálculo dos juros: ***"FÓRMULA DE CÁLCULO DOS JUROS: (...) 1.2.2.1 – Para este efeito deve ser considerado ano comercial de 360 dias, sendo considerado uniformemente 30 dias para todos os meses".*** Também mencionada na Ordem de Serviço nº 03/2010: ***"§ 5º. – Os juros deverão ser calculados, nos termos da Ordem de Serviço DEPRI nº. 01/98, publicada no DOE – Poder Judiciário de 01/12/98, em atenção à seguinte regra: (valor da parcela atualizada) X (número de dias): 6000; § 6º. – Para este efeito deve ser considerado o ano comercial, de 30 dias todos os meses, vedada a utilização do ano civil para aplicação da fórmula do parágrafo anterior.".***

Ademais, cabe transcrever o esclarecimento do perito do juízo sobre a referida alegação do assistente técnico do banco executado: ***"Não há erro técnico na abordagem utilizada pelo Perito, uma vez que comercialmente e tecnicamente, é comum se utilizar o calendário comercial de 360 dias. Ademais, como o próprio Colega informou, tal procedimento gera, 'uma pequena majoração', irrelevante. Sendo tão somente esta a crítica ao Laudo Oficial, o Perito entende que este deve ser mantido em sua integralidade."*** (fls. 473/474 dos autos de origem).

Sobre o tema, este é o entendimento desta C. Corte:

"CONTA DE ATUALIZAÇÃO – Contagem de 360 dias – Ano comercial. Para a contagem dos juros compensatórios e moratórios devem ser utilizados 360 dias do chamado 'ano comercial' e não o ano civil de 365 dias. RECURSO DESPROVIDO NESTE TÓPICO." (Apelação nº 9085591-30.2007.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sergio Shimura, j. 15.2.2012, v.u.).

"(...) NO QUE DIZ RESPEITO AOS JUROS MORATÓRIOS, ESPECIFICAMENTE, REFERIDO ENCARGO FOI APLICADO SOBRE O SALDO DEVEDOR NO PERCENTUAL DE 0,5% (MEIO POR CENTO) AO MÊS ATÉ 10 DE JANEIRO DE 2003 E, A PARTIR DES-

Acesso ao Sumário

TA DATA, FOI CALCULADO NO PERCENTUAL DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS, TENDO SIDO CONSIDERADO CORRETAMENTE O ANO COMERCIAL (360 DIAS), COMO BEM ESCLARECEU O SR. PERITO, ÀS FLS. 334/335. PORTANTO, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DO PROPALADO ERRO DE CÁLCULO, AGIU COM INTEIRO ACERTO A MAGISTRADA AO EXTINGUIR A EXECUÇÃO, EM VIRTUDE DO PAGAMENTO." (Apelação nº 1002858-54.2014.8.26.0597, 18ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, j. 31.7.2018, v.u.).

"(...) Como esclareceu o expert, 'no período de 21/02/2005 a 30/11/2015, decorreram 3933 (três mil novecentos e trinte e três) dias, que divididos pelo mês comercial de 30 (trinta) dias, obter-se-á efetivamente o total de 131 (cento e trinta um meses), que multiplicados pela taxa de juros de mora de 1% (um por cento) a.m. encontrar-se-á 131% (centro e trinta e um por cento), como adotado pela pericia no laudo, que ratificamos. Em contrapartida, os D. Assistentes consideraram, indevidamente, que o cálculo dos juros, deveriam ser feitos adotando o ano letivo correspondente a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias. O que contraria o quanto pacificado no âmbito desse Sodalício TJSP entendimento segundo o qual, nos termos da Ordem de Serviço DEPRI nº 01/98, para o cômputo dos juros, considerar-se-á o ano com 360 dias e o mês, uniformemente, com 30 dias' (fls. 8309). Com efeito, o ano comercial de 360 dias deve ser considerado para a incidência dos juros de mora, nos termos da Ordem de Serviço DEPRI nº 01/98, uma vez que não há previsão expressa no contrato de fls. 33/40." (Apelação nº 0010838-23.2005.8.26.0100, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Walter Barone, j. 24.2.2022, v.u.).

Os precedentes jurisprudenciais acima citados enfrentam questão semelhante àquela dos autos, razão pela qual ilustram o julgamento.

Desta forma, não tem fundamento a pretensão do devedor de reconhecimento de erro de cálculo no laudo pericial homologado pelo Juízo *a quo*. A r. decisão agravada deve ser mantida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216002-61.2022.8.26.0000, da Comarca de Colina, em que é agravante ERBES CUSTÓDIO DE ANDRADE, é agravado DIEGO FERNANDES LIMA.

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 Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.918)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente), RÔMOLO RUSSO e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 22 de novembro de 2022.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPRA E VENDA. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DA AGRAVANTE. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE NULIDADE DE CITAÇÃO. AR DA CARTA DE CITAÇÃO ENTREGUE E RECEBIDA POR TERCEIRA PESSOA QUE POSSUI O MESMO NOME DE FAMÍLIA DO AGRAVANTE. APLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

Agravo de instrumento improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, que objetiva a reforma da r. decisão de fls. 58/61, proferida pelo MM. Juiz de Direito **Fabiano Mota Cardoso**, em cumprimento de sentença, que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pelo agravante e deferiu o pedido de alienação em leilão judicial eletrônico.

Alega o agravante, em apertada síntese, que a r. decisão deve ser reformada pois: 1) não houve preclusão da alegação de nulidade da citação do agravante pois trata-se de matéria de ordem pública; 2) o AR foi recebido por pessoa estranha à lide, o endereço é uma galeria e não há qualquer parentesco entre o agravante e esta pessoa; 3) não houve a intimação pessoal do agravante para cumprimento da obrigação, logo a multa diária é inexigível.

Sem preparo, há pedido de justiça gratuita.

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo (fls. 63) e regularmente processado.

Contraminuta às fls. 66/68 e documentos às fls. 69, pugnando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Persegue o agravante a reforma da r. decisão agravada para que sejam reconhecidos os vícios de ordem pública apontados (fls. 24).

Acesso ao Sumário

Consigna-se que foi deferido o processamento do presente recurso, sem o recolhimento do preparo recursal. Saliente-se, no entanto, que tal deferimento não tem o condão de conceder a gratuidade da justiça em definitivo. O processamento do agravo de instrumento neste Segundo Grau, deu-se sem prejuízo de que, para eventuais atos do processo, a questão da gratuidade da justiça seja, necessariamente, apreciada pelo r. Juiz *a quo* para que não haja supressão de um grau de jurisdição.

Não vinga o argumento de que o AR foi recebido por pessoa estranha à lide e de que não há qualquer parentesco entre o agravante e essa pessoa. Verifica-se que as cartas de citações foram endereçadas à ré Soluções Veículos e ao agravante Erbes, ambas no mesmo endereço e foram recebidas por **Johnatan de Souza Andrade** sem ter havido qualquer ressalva conforme consta do AR's (fls. 67/68 dos autos n. 1001275-70.2016.8.26.0142).

Assim, acertado o entendimento do r. Juízo "a quo" os AR's foram assinados por pessoa que possui o mesmo sobrenome da parte executada, ora agravante, fazendo-se presumir se tratar de familiar.

Além do mais, deve ser ressalvado que a terceira pessoa que recebeu a carta de intimação, se assim o fez, é porque, no mínimo, conhece o agravado, do contrário, poderia ter recusado o recebimento, não podendo se falar, portanto, em nulidade do ato citatório. Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação monitória – Cumprimento de sentença – Decisão rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença, considerando válida a citação – Alegação de nulidade de citação – Inocorrência – Carta enviada ao endereço da executada – Citação realizada pelo correio, com recepção da carta AR pela mãe do sócio da executada, sem qualquer ressalva – Citação válida – Jurisprudência do STJ e TJSP – Recurso negado. (TJSP; Agravo de Instrumento 2211739-20.2021.8.26.0000; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taquaritinga – 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/10/2021; Data de Registro: 26/10/2021)
>
> Agravo de instrumento – Ação de abstenção de uso de marca com pedido liminar cumulada com perdas e danos decorrentes de atos de concorrência desleal – Fase de cumprimento de sentença – Decisão recorrida que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Alegação de nulidade da citação realizada na ação de conhecimento – Descabimento – Demonstração de que o endereço no qual a sociedade executada consta formalmente registrada coincide com o local em que realizada a citação impugnada – Intimação da executada para cumprir as obrigações de não fazer e de pagar que fora remetida ao exato mesmo endereço impugnado, de modo que, recebida sem qualquer ressalva, ensejou a oposição da impugnação ao cumprimento de sentença originária – Carta de citação que, ademais,

Acesso ao Sumário

fora recebida e assinada pelo Sr. Marcos Cardoso que, além de possuir o mesmo sobrenome das sócias da executada, trabalha na empresa – Decisão recorrida mantida – Recurso desprovido, com aplicação de multa. (TJSP; Agravo de Instrumento 2167910-86.2021.8.26.0000; Relator (a): Maurício Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Ribeirão Preto – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/09/2021; Data de Registro: 02/09/2021)

Destarte, não tendo sido demonstrado o desacerto da decisão agravada, de rigor a sua manutenção tal qual lançada.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251185-93.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VALTER CORREIA LIMA, é agravada AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

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 Relatora, que integra este acórdão. **(Voto n° 18.423)**

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

São Paulo, 22 de novembro de 2022.

CARMEN LUCIA DA SILVA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Incidente de desconsideração de pessoa jurídica. Insurgência contra decisão que deferiu o pedido para que o patrimônio do sócio da empresa executada pudesse ser alcançado pela execução. Relação de consumo. Aplicação do artigo 28, § 5º, do CDC, que autoriza a desconsideração sempre que a personalidade jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Hipótese verificada no caso concreto. Frustradas todas as tentativas de penhora de bens e ativos da empresa executada.

Acesso ao Sumário

Devedor que tem o dever de cumprir, voluntariamente, a obrigação determinada na sentença. Preenchidos requisitos do § 5º do art. 28 do CDC, a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, atingindo-se o patrimônio do sócio. Pedido subsidiário de redução da multa estabelecida a título de cláusula penal, constante do acordo celebrado entre as partes. Pretensão que extrapola os limites de discussão através do presente incidente. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos do incidente de desconsideração de personalidade jurídica (autos nº 0007471-35.2021.8.26.0001), decisão esta que deferiu o pedido para que o patrimônio dos sócios da empresa executada pudesse ser alcançado pela execução e deixou de apreciar o pedido de redução da multa estabelecida a título de cláusula penal, constante do acordo celebrado entre as partes.

O recorrente VALTER CORREIA LIMA recorre, alegando, em linhas gerais que, muito embora a seguradora agravada tenha se sub-rogado nos direitos do segurado, não pode se utilizar de ferramenta processual excepcional para ver seu crédito satisfeito. Diz que, além de não comprovar efetivamente dificuldade de recebimento de seu crédito, a recorrida em nenhum momento foi capaz de comprovar a confusão patrimonial e tampouco abuso de personalidade, de modo que a desconsideração da personalidade jurídica, no caso em julgamento, é inadmissível. Subsidiariamente, pede a redução da multa, estabelecida a título de cláusula penal constante do acordo celebrado entre as partes, argumentando que *"o abrandamento da cláusula penal é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e um direito do devedor a aplicação dos princípios da boa-fé contratual e função social do contrato"*.

É o relatório.

Dispenso a intimação da parte agravada para oferecer contraminuta, porquanto o julgamento de imediato deste recurso não lhe causará nenhum prejuízo processual e prestigiará os princípios da economicidade, celeridade e duração razoável do processo.

O recurso preenche os requisitos previstos nos artigos 1.007 e 1.010, notadamente dos seus incisos II e III, ambos do Código de Processo Civil de 2015, tendo sido apresentados os fundamentos de fato e de direito do inconformismo, permitindo o seu conhecimento.

A relação jurídica no caso concreto é de consumo, uma vez que a segura-

Acesso ao Sumário

dora que se subrogou nos direitos do segurado.

Desse modo, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica se sujeita ao preenchimento dos requisitos previstos no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, no qual se autoriza a desconsideração sempre que a personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

No cumprimento de sentença (autos nº 0002331-88.2019.8.26.0001) foram frustradas todas as tentativas de penhora de bens e ativos da empresa executada.

O fato é que a exequente efetivamente buscou a satisfação do crédito junto à empresa devedora, não tendo obtido sucesso em nenhuma diligência. Não se exige, ademais, que o credor diligencie, de forma exauriente, a busca de ativos do devedor, que tem o dever de cumprir, voluntariamente, a obrigação determinada na sentença.

No mesmo sentido, os julgados deste E. TJSP:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESCISÃO CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Pedido deferido. Relação de consumo. Aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor. Tentativas frustradas de satisfação do crédito. Executada que em momento algum demonstrou intenção de pagar ou justificou o não pagamento. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 2011760-48.2019.8.26.0000, Relator(a): Ana Maria Baldy, 6ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 22/08/2019).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESCISÃO CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Pedido deferido. Relação de consumo. Aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor. Tentativas frustradas de satisfação do crédito. Executada que em momento algum demonstrou intenção de pagar ou justificou o não pagamento. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 2011760-48.2019.8.26.0000, Relator(a): Ana Maria Baldy, 6ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 22/08/2019).

"INDENIZAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE APARTAMENTO. Insurgência em face de decisão que acolheu incidente de desconsideração da personalidade jurídica para permitir que a execução atingisse os bens da agravante. Decisão mantida. Presença dos requisitos necessários à desconsideração. Teoria Menor da Desconsideração (art. 28, §5º, do CDC). Relação consumerista somada às circunstâncias do caso em exame. Documentos a demonstrar a insolvência das empre-

Acesso ao Sumário

sas devedoras originais e a existência de subterfúgios para blindar o patrimônio do grupo econômico, frustrando a satisfação do crédito dos consumidores lesados por má administração. Inclusão da empresa agravante mantida. Precedentes. Recurso desprovido" (Agravo de Instrumento nº 2205020-56.2020.8.26.0000, Relator(a): Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 22/09/2020).

Posta a questão nestes termos, e à míngua da apresentação de bens passíveis de constrição, não se pode acolher a alegação de falta de esgotamento dos meios executivos. Demonstrou-se, portanto, que a personalidade jurídica da executada serve de óbice ao cumprimento da execução, sendo mesmo o caso de acolher o pedido.

Quanto ao pedido subsidiário, de redução da multa estabelecida a título de cláusula penal, constante do acordo celebrado entre as partes, tal pretensão extrapola os limites de discussão através do presente incidente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2240961-96.2022.8.26.0000, da Comarca de Boituva, em que é agravante SANTA CRUZ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, são agravados AILMA DE JESUS e REGICLEY SANTOS ANDRADE.

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 42.018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 4 de novembro de 2022.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA SOBRE ATIVOS FINANCEIROS POR IMÓVEL INDICADO PELO EXECUTADO – EXECUÇÃO QUE DEVE PROS-

Acesso ao Sumário

SEGUIR DE FORMA MENOS ONEROSA AO DEVEDOR COM A COMPROVAÇÃO DESDE QUE A SUBSTITUIÇÃO NÃO ACARRETE NENHUM PREJUÍZO À CREDORA – INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 835 E 847, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMÓVEL OFERECIDO EM GARANTIA DE VÁRIAS OUTRAS EXECUÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 73 da origem que, nos autos do cumprimento de sentença em tela, indeferiu a substituição das penhoras *on line* pelo imóvel indicado pela executada.

Sustenta a agravante, em síntese, que a execução deve se dar pela forma menos gravosa ao devedor. Argumenta que o lote oferecido em substituição à penhora é avaliado em R$102.405,11, sendo, portanto, mais que suficiente para garantira a dívida. Diz que o atraso na conclusão da obra não ocorreu por culpa da recorrente, mas sim por fatores externos, como o embargo realizado pela CETESP, que apesar de já ter sido liberado, impactou de forma considerável no cronograma, que teve de ser refeito. Alega que esse atraso gerou uma enxurrada de processos de rescisão contratual, impondo um ônus absurdo à agravada, que tem sido condenada em diversos processos a restituir os valores recebido e vem sofrendo sucessivos bloqueios em sua conta. Aduz que os bloqueios impactam diretamente na continuidade do negócio, pois sem acesso aos valores depositados em sua conta bancária, a recorrente não consegue pagar fornecedores e funcionários. Pugna pela concessão da tutela recursal e, ao final, requer o provimento do recurso com a reforma da decisão para substituir o veículo penhorado.

Recurso formalmente em ordem e ora recebido, dispensando-se as diligências do artigo 1.019 do Código de Processo Civil, uma vez que reúne condições de imediato julgamento.

É o relatório.

De início, cabe destacar que, segundo o artigo 847, do Código de Processo Civil: *"O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado,* ***desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente"*** *– grifei.*

Com efeito, embora não se desconheça o princípio da menor onerosidade previsto no art. 805 do Código de Processo Civil de 2015, não se pode olvidar que a execução é realizada no interesse do credor (art. 797, 'caput', do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil), de forma que a aplicação desse princípio há de ser harmonizada para que a prevalência de um não implique necessariamente em sacrifício do outro.

Não há nos autos nenhuma demonstração da colaboração do executado para a satisfação do crédito, menos ainda prova de que a substituição não trará qualquer prejuízo para a agravada, cabendo ressaltar que o imóvel em questão vem sendo oferecido em garantia de outras ações.

Ademais, segundo o artigo 835 do Código de Processo Civil, o dinheiro tem preferência sobre os demais bens penhoráveis, enquanto o bem imóvel encontra-se em quinto lugar da indigitada escala.

De rigor, portanto, a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2271421-03.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LOURDES ANA RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados WALTER SANDRO PEREIRA DA SILVA e WALTER SANDRO CONSULTORIA MOTIVACIONAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.707)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), DANIELA MENEGATTI MILANO e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 4 de novembro de 2022.

NUNCIO THEOPHILO NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INDEFERIMENTO DE PESQUISA NO SISTEMA CCS-BACEN. Cadastro que não se destina à localização de bens de devedores. Cadastro previsto em norma que visa coibir a prática de crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direitos e valores. Medida que não se destina

Acesso ao Sumário

à localização de bens passíveis de penhora. Decisão confirmada.

Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto nos autos de cumprimento de sentença, face à decisão do MM. Juiz de primeiro grau, que indeferiu a expedição de pesquisa ao Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS-BACEN) para que se busquem dados sobre contas bancárias de empresas terceiras que seriam geridas pelo executado, na condição de procurador de 4 (quatro) sociedades empresárias com as quais não guarda relação de sócio (fls. 12/13).

Defende a agravante que a dita pesquisa é fundamental para se averiguar se o executado tem ocultado seu patrimônio, realizando operações financeiras por meio das contas das empresas das quais, estranhamente, seria procurador.

Afirma que as pesquisas de patrimônio foram absolutamente infrutíferas, encontrando-se apenas as procurações outorgadas ao executado para atuar em nome de quatro empresas, o que aumentaria o estranhamento da total ausência de patrimônio, sendo improvável que ele preste esses serviços de representação a título gratuito.

Assim, vê fortes indícios de que o executado estaria usando as contas bancárias das empresas que representa para ocultar seu próprio patrimônio, impossibilitando o pagamento da dívida exequenda, assim como de outras dezenas de ações executivas que tem ajuizadas contra si.

Pugna pelo provimento do recurso para que se defira a realização da pesquisa CCS-BACEN, para esclarecer os indícios de fraude, e não apresenta pedidos liminares de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Recurso tempestivo, regular na formação do instrumento e dispensado do preparo por ser a parte recorrente beneficiária da justiça gratuita (fls. 23/24).

Sem contraminuta.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o necessário a relatar.

O recurso não comporta provimento.

As demandas executivas visam satisfazer o direito do credor em face do devedor, de forma que cabe ao juiz, durante a condução do processo, favorecer que tal objetivo seja alcançado, respeitando, por certo, os limites legais, mas sempre procurando atingir o princípio da efetividade da execução, na busca da

Acesso ao Sumário

efetiva entrega da prestação jurisdicional.

O CCS (Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional) foi instituído para materializar o comando do art. 10-A da Lei nº 9.613/98, incluído pela Lei nº 10.701/2003 (Lei de Lavagem de Capitais), consistindo, portanto, em instrumento de repressão da integração dissimulada no mercado de ativos provenientes de atos ilícitos, sendo certo que não se destina à localização de ativos financeiros para satisfazer interesses particulares e sim à repressão de crimes financeiros.

Convém ressaltar a finalidade do aludido sistema, divulgado em informativo do Conselho Nacional de Justiça – CNJ:

> *"O principal objetivo do CCS é auxiliar nas investigações financeiras conduzidas pelas autoridades competentes, mediante requisição de informações pelo Poder Judiciário (ofício eletrônico), ou por outras autoridades, quando devidamente legitimadas.*
>
> *O sistema é viabilizado graças a um convênio firmado entre o CNJ e o Banco Central (Bacen), com o objetivo de auxiliar nas investigações financeiras conduzidas pelas autoridades competentes, mediante requisição de informações pelo Poder Judiciário (ofício eletrônico), ou por outras autoridades, quando devidamente legitimadas. O Cadastro não contém dados de valor, de movimentação financeira ou de saldos de contas/aplicações e visa dar cumprimento ao art. 3º da Lei nº 10.701/2003, que incluiu dispositivo na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998, art. 10-A), determinando que o Banco Central 'manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.'"* (Disponível em (endereço eletrônico constante no texto original)).

Salienta-se que o fato do credor não estar tendo êxito nas tentativas de localizar bens dos executados e, assim, receber o valor do seu crédito, não é motivo para deferimento da medida postulada, uma vez que não há elementos plausíveis para trazer efetividade à satisfação do seu crédito.

Acesso ao Sumário

Isso porque, a utilização do CCS-BACEN não tem utilidade na busca de bens e valores pertencentes aos executados, vez que os dados constantes do cadastro informam apenas a data do início e do fim do relacionamento com a instituição financeira, mas não contém dados de valor, movimentação financeira ou de saldos de contas/aplicações, consoante expressamente informado no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, não se tratando de cadastro que tem a finalidade de localizar bens e valores de devedores.

Aliás esse é o entendimento deste Tribunal, inclusive desta C. Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução de título extrajudicial – Indeferimento de expedição de ofícios ao Cadastro de Clientes do Sistema

Financeiro Nacional (CCS) e ao COAF, bem como de bloqueio de circulação de veículo penhorado – Inconformismo da exequente – Alegado cabimento das medidas – Improcedência – CCS configuradora de ferramenta criada para auxiliar a investigação de ilícitos penais – Banco de dados que não visa ao atendimento de interesses particulares, consistente, na verdade, em instrumento destinado à repressão de crimes financeiros, nos termos da Lei 9.613/98 – COAF criado como órgão administrativo pela Lei nº 9613/98 não ostentando a finalidade pretendida – Providência ineficaz – Descabimento, ainda, do pretendido bloqueio de circulação de veículo penhorado – Garantia da execução já alcançada com o impedimento de eventual transferência do bem – Decisão mantida – Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2132956-77.2022.8.26.0000; Relator (a): Daniela Menegatti Milano; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2022; Data de Registro: 17/10/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de indenização por danos materiais e morais em fase de cumprimento de sentença. Expedição de ofício. Sistema CCS-BACEN. Descabimento. Cadastro previsto em norma que visa coibir a prática de crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direitos e valores. Desproporcionalidade na aplicação em sede de execução civil. Precedentes. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2249188-12.2021.8.26.0000; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Brodowski – Vara Única; Data do Julgamento: 09/11/2021; Data de Registro: 09/11/2021)

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Não localização de bens penhoráveis – Pedido de expedição de ofícios à Receita Federal, para obtenção de "dossiê integrado" dos Executados, ao CCS-Bacen e ao COAF – Impossibilidade – Informações protegidas, cuja violação exige ao menos indícios de prática criminosa, inexistente nos autos – Decisão mantida – Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2205023-74.2021.8.26.0000; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 39ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/10/2021; Data de Registro: 29/10/2021)

FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Ação de cobrança. Pleito de consulta ao Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional, mantido pelo Banco Central do Brasil, a fim de localizar bens e valores pertencentes ao devedor, e de expedição de ofícios à Secretaria da Fazenda Estadual e à junta Comercial do Estado. Descabimento. Hipótese em que os dados lançados no CCS-BACEN se destinam a reprimir a prática de crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Hipótese

Acesso ao Sumário

em que a informação sobre as notas fiscais emitidas pela empresa, bem como a existência de duplicatas por ela emitidas não são aptas a localizar bens penhoráveis. Decisão que indeferiu a consulta ao CCS-BACEN e a expedição de ofícios à Jucesp e à Secretaria da Fazenda mantida. Recurso improvido. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Ação de cobrança. Pesquisa de bens pelo sistema Infojud. Admissibilidade de nova tentativa de localização de bens penhoráveis de propriedade da devedora, declarados à Receita Federal, ficando, portanto, autorizada a pesquisa de bens penhoráveis pelo sistema Infojud. Decisão reformada. Recurso provido. Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso. (TJSP; Agravo de Instrumento 2149306-77.2021.8.26.0000; Relator (a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 38ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/10/2021; Data de Registro: 21/10/2021)

Portanto, não comporta reforma a decisão agravada que indeferiu a expedição do ofício ao CCS-BACEN.

Posto isto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2152629-56.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARIA IZABEL GRACINDO – ME e MARIA IZABEL GRACIANO, é agravado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 44.936)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Justiça gratuita – Pessoa jurídica – Possibilidade de concessão da benesse, desde que demonstrada sua incapacidade de custear o processo, o que ocorreu no caso concreto – Inteligência da Súmula 481 do C. Superior

Tribunal de Justiça – Benefício concedido – Decisão reformada – Agravo provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 24/26, que em embargos à execução ajuizada pela agravante, indeferiu os benefícios da justiça gratuita.

2. Irresignada, insurge-se a agravante, alegando, em síntese, que está em crise financeira, tanto que o próprio Juízo já realizou pesquisas via BACENJUD, RENAJUD E INFOJUD e restou evidenciado que não há valores ou bens. Aduz que há excesso na execução e, de todo modo, a embargante não tem condições de arcar com custas. Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao presente recurso e, ao final, lhe seja dado total provimento, com a consequente reforma da r. decisão agravada.

3. Recebi o agravo e concedi o efeito suspensivo pretendido pela agravante.

4. Agravo processado e respondido.

FUNDAMENTOS.

5. O agravo prospera, nos termos e pelas razões seguintes.

6. Com razão a agravante. Cediço que às pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos é possível o deferimento da benesse pretendida, desde que demonstrem a sua incapacidade financeira de arcar com os encargos processuais (Súmula 481 do C. STJ). E tenho para mim que a agravante demonstrou a contento a impossibilidade de fazê-lo, fazendo jus à gratuidade.

7. No caso dos autos, são relevantes as razões invocadas pela **microempresa** agravante, tendo havido pesquisas via BACENJUD, RENAJUD E INFOJUD e restou evidenciado que não há valores ou bens.

8. Embargos protelatórios serão apenados com multa, dando-se por prequestionada a matéria desde já.

9. Diante do exposto, pois, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso para conceder à agravante os benefícios da justiça gratuita, tudo nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

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

Acesso ao Sumário

2229033-51.2022.8.26.0000, da Comarca de Arujá, em que é agravante IMOBILIÁRIA E CONSTRUTORA CONTINENTAL LTDA., são agravados EZEQUIEL DA SILVA SANTOS e ELIZANGELA APARECIDA BATISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.194)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA C/C PERDAS E DANOS E DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES. IMÓVEL NO LOTEAMENTO PARQUE RODRIGO BARRETO. DECISÃO DE SUSPENSÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM VIRTUDE DE ACORDO CELEBRADO EM AÇÃO COLETIVA, COM EFEITO 'ERGA OMNES'. ADMISSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA A QUE RESPONDE A LOTEADORA, DETERMINANDO A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS INDIVIDUAIS RELATIVOS AO LOTEAMENTO PARQUE RODRIGO BARRETO, SEM DISTINÇÃO QUANTO AO TIPO DE IMÓVEL. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PREJUÍZO, JÁ QUE ELA TEVE, EM SEU FAVOR, FIXADA INDENIZAÇÃO PELA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL, A SER OPORTUNAMENTE PAGA PELOS RECORRIDOS, CONTABILIZADA ATÉ A DATA DA EFETIVA DESOCUPAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação reivindicatória c/c perdas e danos e demolição de construções, ajuizada pela agravada em face dos agravantes, contra decisão interlocutória que, em fase de cumprimento de sentença, suspendeu o feito em razão de acordo firmado em ação coletiva até que a exequente, ora agravante, comprove o seu cumprimento.

A agravante pugna a reforma da decisão. Diz que uma das cláusulas do

acordo era de que *"aqueles que não estivessem ocupando os lotes por meio de contrato de locação e compromisso de compra e venda firmado com a agravante, poderia formalizar o interesse na sua aquisição no prazo improrrogável de 60 dias" e que "em tempo algum o agravado apresentou qualquer interesse na aquisição do bem fato este atestado pela ausência de interesse nos autos da ação civil pública, na época da fase de conhecimento, ou mesmo quando da fase de liquidação do julgado."*. Conclui, assim, pela reforma.

O pedido de concessão do efeito suspensivo foi indeferido (fls. 38). Processado o recurso, não houve apresentação de contraminuta.

É o relatório.

2. Sem sucesso o reclamo.

Trata-se, como relatado, de agravo de instrumento interposto em ação reivindicatória c/c perdas e danos e demolição de construções, ajuizada pela agravante em face dos agravados, contra decisão interlocutória que, em fase de cumprimento de sentença, suspendeu o feito em razão de acordo firmado em ação coletiva a que responde a loteadora, ora agravante, até que ela demonstre o seu cumprimento.

Como bem observado pelo juízo *a quo*, há expressa determinação, em ação coletiva, de suspensão de todos os processos referentes aos imóveis do loteamento PARQUE RODRIGO BARRETO (fls. 20/22), vejamos: *"6. Considerando a evidente questão prejudicial instalada (interna e externa), que pode repercutir sobre o mérito de outras causas em trâmite perante este juízo e fora dele,* ***principalmente porque não é possível determinar, ao menos neste momento, quem são os beneficiários do acordo homologado nestes autos e quais lotes por eles são ocupados, o que pode ocasionar decisões e sentenças conflitantes, a teor do quanto disposto no inciso V do artigo 313, alínea a e b, do CPC, determino a suspensão da marcha processual dos feitos em que a executada figura como parte, especificamente as ações de despejo, reintegração de posse e reivindicatórias, cujo objeto seja lote de imóvel localizado no Parque Rodrigo Barreto.*** *[...] Em razão da determinação de suspensão e do número de ações em trâmite nesta Comarca, defiro o pedido do Ministério Público e determino a expedição de ofício à Procuradoria Geral de Justiça e à Presidência deste Tribunal de Justiça, dando conhecimento acerca desta execução coletiva e de eventual extensão da prejudicialidade aqui declarada aos recursos em trâmite."*.

Neste sentido, a decisão restou clara que não há, a princípio, como saber quem são os beneficiários do acordo homologado na ação coletiva (fls. 18/19) e quais são lotes por eles ocupados, sendo assim, alcança a determinação de suspensão do andamento todos os processos em que o objeto for imóvel no loteamento PARQUE RODRIGO BARRETO, a fim de evitar decisões e sentenças

Acesso ao Sumário

conflitantes, conforme disposto no artigo 313, inciso V, alínea a e b, do Código de Processo Civil.

No mais, em que pese ser ação reivindicatória, cujos agravados são revéis, trata-se de imóvel pertencente ao loteamento PARQUE RODRIGO BARRETO, objeto do acordo firmado na Ação Civil Pública e, portanto, acertada a decisão agravada, que deu cumprimento à decisão proferida caráter *erga omnes.*

Ademais, vale ressalta que não há, ainda, notícia da perda de eficácia da decisão na ação civil pública e, portanto, mantêm-se a suspensão dos processos tal como determinado.

Nem se alegue – finalmente, e para que não passe ao largo – com a eventual caracterização de prejuízo à agravante em razão da manutenção do r. *decisum* guerreado. Assim porque o título executivo judicial, transitado em julgado, e em que se lastreia o cumprimento de sentença, expressamente previu, em favor dela, a condenação dos requeridos ao pagamento de *"indenização pela fruição do imóvel, desde a data da citação até a data da efetiva desocupação, pelo valor a ser apurado em fase de liquidação".*

A r. decisão guerreada, em resumo, não está a merecer a crítica que se lhe dirigiu.

Nada, pois, a alterar.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2256094-81.2022.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são agravantes ODENIR SIMÕES DOS SANTOS e MARIA ELISANGELA DOS SANTOS, são agravados CANCALE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, ASTRANA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e TRISUL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0830)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI e JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

PASTORELO KFOURI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. MOFO. Decisão agravada que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência dos autores, consistente em determinar que as rés sejam obrigadas a identificarem e promoverem o necessário para que cesse o crescimento de mofo no apartamento. Insurgência sob o argumento de que há prova suficiente nos autos a respeito dos danos ao imóvel e de que o mofo está causando problemas de saúde à família. Afastamento das razões recursais. Ainda que os argumentos dos autores sensibilizem a relatoria, deferir a tutela nos termos pleiteados obstaria a posterior realização de perícia para constatar a responsabilidade pelo surgimento do mofo, colocando em risco o resultado do processo. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, nos autos da ação cominatória com pedido de indenização por danos materiais e morais, indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência dos autores, consistente em determinar que as rés sejam obrigadas a identificarem e promoverem o necessário para que cesse o crescimento de mofo no apartamento, nos seguintes termos:

> "Consoante anteriormente decidido, as fotos são unilaterais e não caracterizam prova inequívoca de que a proliferação dos fungos tenha sido ocasionada por culpa exclusiva das requeridas, a ensejar uma ordem imediata para a reparação das paredes e estruturas da unidade dos autores. Além disso, para a realização dos dos reparos pretendidos, necessária a remoção de alguns móveis embutidos, o que poderá ocasionar danos da desmontagem. A pretensão liminar tem natureza satisfativa, razão pela qual fica indeferida nos termos como requerido, ante as razões já expostas."

Alegam os agravantes que há prova suficiente nos autos a respeito dos danos ao imóvel e que o mofo está causando problemas de saúde à família.

Formularam pedido de concessão de efeito ativo ao presente agravo.

É o breve relatório.

Verificada a tempestividade, dispensado o recolhimento do preparo (fls. 91 da origem) e presentes dos pressupostos recursais, processe-se o presente

Acesso ao Sumário

agravo.

Os danos no imóvel, ocasionados pelo mofo e umidade excessiva, são evidentes e constam também dos documentos apresentados pelas requeridas a fls. 298/301, não prevalecendo mais o argumento do juízo *a quo* no sentido de que as fotos são unilaterais.

Contudo, a causa do mofo e umidade excessivos e, principalmente, a responsabilidade pela situação, somente poderão ser elucidadas após a regular instrução processual, com realização de perícia no imóvel.

Exemplificativamente, as requeridas apresentam relatório de assistência técnica a fls. 294/309 que aponta responsabilidade exclusiva dos proprietários pela circulação insuficiente de ar no imóvel e a colocação de móveis encostados nas paredes.

Como bem frisado pelo juízo, a tutela pretendida pelos autores é de natureza satisfativa, irreversível, e não comporta deferimento nos termos em que pleiteada, por obstar a futura perícia, prejudicando o resultado do processo.

Ante todo o exposto, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processuais, não vislumbrando necessidade de instauração do contraditório, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2167706-08.2022.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante PAULA RIBAS ABU-JAMRA, é agravado UNIMED JUNDIAÍ COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.305)**

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

São Paulo, 18 de novembro de 2022.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COOPERATIVA MÉDICA – Tutela de urgência – Decisão agravada que indeferiu o pedido para autorizar o imediato ingresso da agravante nos quadros da cooperativa – Exigência estatutária de

aprovação em processo seletivo ou de realização de curso de cooperativismo que se mostra abusiva – Recurso provido.

VOTO

1) Insurge-se a agravante contra r. decisão proferida nos autos da ação de obrigação de fazer que moveu contra a agravada na qual o MM. Juiz "a quo" indeferiu a tutela de urgência para determinar o imediato ingresso da agravada nos quadros da cooperativa. Alega, em síntese, que: a exigência de processo seletivo é abusiva; possui qualificação técnica necessária para se tornar cooperada da agravada; sequer foram abertas vagas para a sua especialidade (oftalmologia) no processo seletivo.

Efetuou-se o preparo.

Foi concedido o efeito pretendido ao recurso.

A agravada apresentou resposta argumentando que não há elementos que evidenciem a probabilidade do direito ou perigo de dano e risco ao resultado útil do processo; a existência de processo seletivo não significa que está restringindo o ingresso de novos cooperados; legítima a limitação ao livre ingresso.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

A autora-agravante ajuizou a presente ação postulando tutela de urgência a fim de que fosse autorizado seu ingresso imediato nos quadros da cooperativa-agravada, o que restou indeferido pelo Magistrado, por entender que seria necessário aguardar o estabelecimento do contraditório para melhor exame das questões, precipuamente no que pertine à admissão de profissional da área de atuação da autora-agravante (oftalmologia), considerando o número de clientes e a disponibilidade de especialistas da área já cooperados.

A autora-agravante comprovou sua formação no curso de medicina e especializações em oftalmologia, catarata e glaucoma (fls. 64/72) e a ré-agravada sequer impugnou tal qualificação técnica.

Como é cediço, as cooperativas são sociedades civis, sem fins lucrativos, constituídas por uma determinada classe de pessoas que, por comunhão de esforços, se obrigam a contribuir na prestação de serviços ou auxiliando na produção de bens ou serviços, com o fim de melhorar as condições econômicas individuais ou facilitar o exercício de determinada atividade, em proveito comum.

São regidas pela Lei nº 5.764/1971, que prevê em seu art. 4º, inciso I:

"Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais socieda-

Acesso ao Sumário

des pelas seguintes características:

I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços.".

É o que se convencionou chamar de princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, como forma de evitar as restrições arbitrárias e discriminatórias à entrada de um novo membro na cooperativa.

Talvez, por este motivo, o Brasil é reconhecido mundialmente pelo cooperativismo de saúde, sendo o mais amplo e abrangente. Atualmente conta nesta área com 783 cooperativas, com mais de 275 mil cooperados e sete milhões de beneficiários (dados colhidos em 07.out.2021 – (endereço eletrônico constante no texto original)).

Nessa linha foi publicado o Enunciado X do Grupo Reservado de Direito Empresarial deste Sodalício: *"A exigência de aprovação em processo seletivo ou de realização de curso de cooperativismo como condição de ingresso em cooperativa não tem base legal e viola o princípio das portas abertas."*

O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo se encontra presente tendo em vista que a negativa da ré-agravada limita o exercício da atividade profissional da agravante.

Por esta razão, deve ser reformada a r. decisão agravada.

Nesse sentido:

"Agravo de instrumento. Cooperativa. Combate à decisão que indeferiu a admissão da autora, médica ortopedista, no quadro de cooperados da ré. Descabimento. Enunciado X do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Exigências estatutárias que não têm base legal e violam o princípio das portas abertas. Decisão reformada. Recurso provido." **(Ag. Inst nº 2056049-95.2021.8.26.0000 2ª Cam. Res. Dir. Emp. Rel. Des. ARALDO TELLES j. 28.06.21)**

"COOPERATIVA MÉDICA TUTELA DE URGÊNCIA Admissão Livre ingresso Princípio das portas abertas Tutela deferida na origem Pretensão recursal dirigida à reforma sob singelo fundamento de autonomia administrativa, deliberativa e dever de assegurar qualidade dos serviços e seguranças dos beneficiários Reserva de mercado que viola o princípio constitucional da livre concorrência profissional Decisão singular harmônica com os precedentes desta C. Corte em demandas correlatas Tutela de urgência mantida Agravo não provido." **(Ag. Inst nº 2269542-92.2020.8.26.0000 2ª Cam. Res. Dir. Emp. Rel. Des. RICARDO NEGRAO j. 27.11.20)**

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para deferir a tutela de urgência e determinar o imediato ingresso da agravante no quadro de cooperados da agravada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231138-98.2022.8.26.0000, da Comarca de Cajamar, em que é agravante BANCO SAFRA S/A, é agravado NATURAL ÓLEOS VEGETAIS E ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.596)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente), JANE FRANCO MARTINS e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

FORTES BARBOSA

Ementa: Recuperação judicial – Prorrogação do prazo de "stay" – Possibilidade de prorrogação em circunstâncias excepcionais e desde que não configurada desídia da recuperanda – Redação do § 4º do art. 6º da Lei 11.101/2005 alterada pela Lei 14.112/2020 – Previsão de prorrogação por igual período – Justificativas razoáveis e ratificadas pela própria Administradora Judicial – Desídia da recuperanda não configurada – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cajamar, que, no âmbito da recuperação judicial da agravada, concedeu tutela de urgência postulada pela recuperanda e deferiu a prorrogação do "stay period" por 180 (cento e oitenta) dias, a contar do termo final do primeiro período de suspensão, ou seja, do dia 4 de setembro de 2022 (fls. 4.127/4.129 dos autos de origem).

O agravante, em síntese, sustenta que foi deferido o "stay period" em 4 de março de 2022, mas transcorreu o prazo de cento e oitenta dias sem que tenha sido realizada a Assembleia Geral de Credores, razão pela qual a recuperanda requereu a prorrogação deferida no "decisum". Aduz, porém, que a prorrogação somente deve ocorrer em situações excepcionais, quando a devedora não tiver concorrido para a demora, considerados os termos do artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/2005, na sua nova redação. Alega que a recuperanda *"adota um*

Acesso ao Sumário

comportamento omissivo, somente atuando quando instada a tal, tornando o processo moroso e contribuindo para a demora processual". Propõe não terem sido adotadas as providências necessárias para a assembleia geral de credores, de forma que não há, nem mesmo, previsão para sua realização. Anuncia que a recuperanda já tinha ajuizado pedido anterior de recuperação judicial, no qual, igualmente, requereu a prorrogação do "stay period", sendo posteriormente extinto o feito por falta de recolhimento das custas processuais. Requer a antecipação da tutela recursal e, ao final, a reforma da decisão recorrida (fls. 01/10).

Foi indeferida a antecipação de tutela recursal (fls. 57/59).

A Administradora Judicial manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 63/69), tendo a recorrida apresentado contraminuta no mesmo sentido, requerendo a manutenção da decisão recorrida (fls. 71/89).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Foi deferido o processamento da recuperação judicial postulada pela recorrida em 4 de março de 2022 (fls. 2.826/2.830 dos autos de origem), sendo apresentado o plano de recuperação judicial em 8 de maio de 2022 (fls. 3.202/3.241 dos autos de origem) e publicado o edital de convocação de credores, em 29 de julho de 2022, nos termos do artigo 52, § 1º da Lei 11.101/2005 (fls. 3.890 dos autos de origem).

Em 6 de setembro de 2022, a recuperanda requereu prorrogação do prazo de "stay" (fls. 4.098/4.112 dos autos de origem), tendo o Juízo "a quo", então, conforme a decisão atacada, deferido a prorrogação por mais cento e oitenta dias, a contar do termo final do primeiro período de suspensão (4 de setembro de 2022) e, irresignado, o agravante pretende reforma.

O chamado prazo de "stay" tem o escopo de aliviar imediatamente as dificuldades econômico-financeiras suportadas pela empresa em crise e salvaguardar a possibilidade de sua reorganização, criando um ambiente mais propício para o sucesso da recuperação judicial, como procedimento concursal limitado, considerados os parâmetros estabelecidos pelo artigo 47 da Lei 11.101.

Acesso ao Sumário

Ao ser estabelecido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para suspensão de ações e execuções movidas contra a requerente da recuperação judicial no § 4º do artigo 6º da Lei 11.101/2005, o texto legal atualmente em vigência, após a alteração da redação original pela Lei 14.112/2020, dispõe, "in verbis": *"§ 4º. Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do* ***caput*** *deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal ."*

Assim, a própria regra original (que utilizava o adjetivo "improrrogável")

foi modificada, observada, inclusive, a jurisprudência dos Tribunais Pátrios, que admitia, excepcionalmente e quando a demora do processo não se devia à atuação do devedor, somadas dificuldades geradas pelo andamento da máquina judiciária, a possibilidade de prorrogação (STJ, AgRg no CC 111.614-DF, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 10/11/2010; TJSP, AI 0150364-67.2012.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, j. 12.3.2013).

E, na espécie, não podem ser identificados elementos concretos e indicativos de que a recorrida, na qualidade de recuperanda, tenha assumido uma conduta maliciosa ou desidiosa, capaz de alongar o trâmite do procedimento concursal artificialmente, conforme manifestação apresentada pela Administradora Judicial neste agravo (fls. 63/69), havendo de ser reproduzido o seguinte trecho:

> "14. Conforme se observa, o Banco Agravante alega que a Agravada incorreu em comportamento culposo por omissão, o que lhe vedaria o direito à prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções porque não satisfeito o requisito previsto no art. 6º, § 4º, in fine, da Lei nº 11.101/2005, com a redação conferida pela Lei nº 14.112/2020.
>
> 15. Todavia, data permissa venia, esta Administradora Judicial não está convencida da negligência da Agravada, da forma como alegada pelo Banco Agravante.
>
> 16. Com efeito, a Agravada requereu Recuperação Judicial em 25.04.2021, porém, teve de emendar a petição inicial por várias vezes para complementar os documentos necessários ao deferimento do processamento da Recuperação Judicial, conforme se observa às fls. 2.577/2.582, às fls. 2.588/2.625 e às fls. 2.630/2.734 dos autos originários.
>
> 17. Inclusive, a Agravada apresentou a emenda da petição inicial de fls. 2.630/2.734 para juntar as provas da regularidade trabalhista e previdenciária e esclarecer as garantias sobre seus ativos imobilizados imediatamente após esta Administradora Judicial requerer estes documentos, às fls. 2.627/2.629 dos autos originários.
>
> 18. E, em todo esse período em que foram apresentadas emendas à petição inicial, não houve a suspensão das ações e execuções promovidas contra a Agravada, o que somente veio a ocorrer com a decisão que deferiu o processamento da Recuperação Judicial, conforme se observa às fls. 2.826/2.830 dos autos originários.
>
> 19. Outrossim, a Agravada já juntou o seu Plano de Recuperação Judicial, conforme se observa às fls. 3.202/3.241 dos autos originários deste recurso e já houve apresentação de Objeções pela Copagaz Distribuidora de Gás S/A (fls. 3.666/3.673 dos autos originários) e pelo próprio Banco Safra S/A, ora Agravante (fls. 3.897/3.979 dos autos originários).
>
> 20. Ademais, já houve a publicação da relação de credores referi-

Acesso ao Sumário

da no art. 52, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.101/2005 no Diário da Justiça Eletrônico, conforme se observa às fls. 3.890 dos autos originários, e esta Administradora Judicial já apresentou a relação de credores referida no art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, que foi acostada às fls. 4.165/4.252 dos autos originários.

21. Importa também mencionar que a Agravada vem apresentando regularmente seus demonstrativos contábeis e financeiros, possibilitando a esta Administradora Judicial elaborar os Relatórios Mensais de Atividades que estão sendo acostados no incidente próprio, autuado sob o nº 0000985-67.2022.8.26.0108 perante o D. Juízo a quo.

22. Neles também é possível constatar as vistorias empreendidas por esta Administradora Judicial e as fotos que demonstram que a Agravada se mantém operacional, tanto que emprega 17 (dezessete) pessoas na atividade produtiva, a teor do último Relatório Mensal de Atividades.

23. Por fim, no que tange à anterior Recuperação Judicial requerida pela Agravada, que foi autuada sob o número 1001580-25.2017.8.26.0108 perante o mesmo D. Juízo a quo, necessário notar que foi extinta sem julgamento do mérito por r. sentença proferida em 16.07.2020, ou seja, aproximadamente 2 (dois) anos antes da r. decisão que deferiu o processamento da presente Recuperação Judicial.

24. Ante o exposto, esta Administradora Judicial não restou convencida da alegada culpa negligente da Agravada pelo esgotamento do prazo de suspensão das ações e execuções, de modo que opina pelo desprovimento do presente Agravo de Instrumento".

Ademais, na própria decisão recorrida, foi consignado que *"não há qualquer demonstração no feito de que a recuperanda tenha atuado – de forma comissiva ou omissiva – para o decurso do prazo de suspensão, tendo o lapso transcorrido em decorrência da complexidade inerente ao procedimento"*, sendo certo que a recuperação judicial gera, naturalmente, um número de incidentes elevado e seu trâmite não é, no mais das vezes, tranquilo.

Com efeito, constata-se que a recuperanda, nos termos da própria manifestação circunstanciada apresentada pela Administradora Judicial, não concorreu para o atraso no andamento do feito e o infrutífero decurso do prazo de suspensão previsto no § 4º do artigo 6º da Lei 11.101 e que a prorrogação deferida por igual período de cento e oitenta dias está autorizada por regra positivada vigente, deve prevalecer o deferimento concedido na origem.

Tudo somado, a decisão recorrida merece, então, ser integralmente mantida.

Nega-se, por isso, provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2299443-71.2021.8.26.0000, da Comarca de Monte Alto, em que são agravantes GONÇALES & SILVA PARTICIPAÇÕES LTDA. e TGG PARTICIPAÇÕES LTDA., são agravados VICENTE GONZALES NETO, ALICE APARECIDA MARTINS GONZALES, GONZALEZ ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., GONZALEZ CRIAÇÃO DE AVES E SUÍNOS LTDA, ABATEDOURO DE AVES CALIFÓRNIA LTDA, VGN PARTICIPAÇÕES LTDA., TRÊS IRMÃS PARTICIPAÇÕES LTDA. e MJBG PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. SUSTENTARAM: Adv. Fabio Mesquita Ribeiro (OAB/SP 71812) e Adv. Antonio Mario Zancaner Paoli (OAB/SP 110734)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.680)**

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

São Paulo, 29 de novembro de 2022

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que indeferiu tutela de urgência – Questões relativas às reuniões extraordinárias, a discussão sobre seus efeitos e a destinação do empréstimo mais bem analisada no âmbito de recurso posterior (AI n. 2302188-24.2021.8.26.0000) em julgamento conjunto – Pendência do tema relativo ao valor da causa – Entendimento judicial no sentido de que a pretensão abrange a não incorporação de valor ao patrimônio da empresa – Compreensão distinta de que as agravantes visam apenas resguardar-se de eventual diluição injustificada de sua participação na sociedade, inexistindo conteúdo econômico imediato – Recurso provido para manter o valor dado à causa.

Dispositivo: deram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

O presente recurso insurge-se contra r. decisão proferida pelo Exmº Dr.

Gilson Miguel Gomes da Silva, MM. Juiz de Direito da E. 1ª Vara da Comarca de Monte Alto que indeferiu a pretensão antecipatória das Autoras, ora Agravantes, nos seguintes termos (fl. 298-302 na Origem):

> Vistos.
>
> GONÇALES & SILVA PARTICIPAÇÕES LTDA e TGG PARTICIPAÇÕES LTDA ajuizaram o presente pedido de TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE em face de VICENTE GONZALEZ NETO; ALICE APARECIDA MARTINS GONZALEZ; GONZALEZ ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. (GAP); ABATEDOURO DE AVES CALIFÓRNIA LTDA.; GONZALEZ CRIAÇÃO DE AVES & SUÍNOS LTDA.; VGN PARTICIPAÇÕES LTDA. (VGN); TRÊS IRMAS PARTICIPAÇÕES LTDA. (Três Irmãs); MJBG PARTICIPAÇÕES LTDA. (MJBG).
>
> Alegam as autoras, em apertada síntese, que os requeridos, agindo em patente desvio de finalidade aprovaram, ardilosamente, um financiamento a ser contratado pela Abatedouro de Aves Califórnia Ltda. junto ao Banco do Brasil S/A, no valor de R$95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais), contratação esta destinada à condução dos negócios da empresa, conforme deliberado na assembleia de sócios do dia 30-09-2021 (fls. 206/231 dos autos). Argumenta, outrossim, que por ser valor de grande vulto, estaria colocando a empresa em risco, haja vista superar o patrimônio da empresa adquirente do citado empréstimo, conforme alegado. Aduzem, ademais, que o artifício ainda se dá, em razão da próxima reunião da assembleia empresarial deliberativa estar designada para o próximo dia 23-12-2021, época dos festejos de final de ano, situação que dificulta a participação dos sócios.
>
> Requerem a concessão de tutela de cautelar antecedente, para determinar que sejam imediatamente canceladas a Reunião Geral Extraordinária de Sócios da Gonzalez Administração e Participações LTDA. e a Reunião Geral Extraordinária de Sócios do Abatedouro de Aves e Suínos Califórnia Ltda., ambas agendadas para o dia 23.12.2021; bem como sejam os requeridos proibidos de utilizar o valor de R$ 95 milhões de reais, captados junto ao Banco do Brasil S/A, para qualquer finalidade.
>
> A petição inicial trouxe documentos (fls. 39/293).
>
> É o relatório do necessário.
>
> DECIDO.
>
> Consoante se extrai do artigo 300 do Código de Processo Civil, são requisitos fundamentais para a concessão da tutela de urgência: (a) a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (fumus boni iuris); (b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (periculum in mora); e (c) inexistência de risco de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
>
> No caso em apreço, em sede de cognição sumária, não vislumbro estarem presentes elementos que evidenciam a probabilidade do direito dos autores, haja vista calcadas em conjecturas e ilações sem respaldo probatório, nesta fase de cognição sumária.

Acesso ao Sumário

Senão vejamos:

Ao se verificar a Ata da reunião, realizada no dia 30-09-2021 (fls. 206/231), notadamente, às fls. 211 e 221 dos autos, observa-se que a deliberação para aquisição do empréstimo de R$95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais) junto ao Banco do Brasil S/A foi aprovada pelas sócias majoritárias que representam 99,5106% (noventa e nove vírgula cinco um zero seis por cento), sem qualquer ressalva. Somente 0,31925% (zero vírgula três um nove dois por cento) reprovaram a matéria deliberada naquela oportunidade. Logo, neste prisma, a vontade majoritária está a prosperar, de modo que se impõe o respeito à autonomia da vontade expressada pela sociedade, em sua franca maioria.

Ademais, não há nos autos prova firme e incontroversa de que o capital social da empresa – o qual irá garantir o referido financiamento bancário –, não suporte o dito empréstimo dentro da margem de segurança a necessitar, neste aspecto, o contraditório e, se o caso, dilação probatória.

Além disso, fica consignado que a reunião que deliberou acerca do financiamento fora realizada em 30-09-2021 e, assim, mostra-se notório o transcurso de tempo razoável para o Banco do Brasil S/A e a empresa ré finalizarem o referido financiamento, e desenvolver o emprego do valor em investimentos desejáveis à empresa. Portanto, de plano, não se pode dizer que a próxima reunião designada para perto dos festejos de final do ano seja um artifício dos administradores, mesmo porque a vida empresarial do ramo em que está inserida a empresa, por vezes, pode ser mais intensa justamente no período de festas, mesmo para angariar vantagens em vários negócios do qual participa.

Estranha-se o pedido de intervenção judicial, a fim de que não ocorra a reunião designada para o próximo dia 23-12-2021, com base apenas em conjecturas de percentual de cotistas extremamente minoritários, que não se acautelaram de forma adequada, à época em que houve a reunião passada (setembro/2021), pois, consta na Ata o "compromisso assumido pela administradora da Sociedade de não destinar qualquer parte destes recursos a qualquer finalidade sem nova deliberação prévia das sócias da Sociedade, a ser realizada ainda no curso do exercício social de 2021"(fl. 211).

A par disso, nota-se que restou expressamente consignado, em 31/09/2021, que haveria outra reunião de deliberação sobre o investimento ainda neste ano. Portanto, estranha-se que as autoras não tenham tomado a cautela de prever ou dispor na referida Ata algum impedimento de datas, como no caso o dia 23, ou semana de Natal e Ano Novo.

Acrescente-se que a participação em reunião, ao que parece, pode ocorrer por meio de representante dotado de regular poderes, o que esvazia a alegação de dificuldade de participação dos sócios que, eventualmente, tenham alguma viagem a realizar.

Assim, além de não se vislumbrar a probabilidade do direito alegado, ainda não há falar em concessão da tutela cautelar antecedente, haja vista que o artigo 303, caput, do Código de Processo Civil exige que a urgência seja contemporânea à propositura da ação, o que não ocorre no caso em tela, porquanto a reunião de

Acesso ao Sumário

deliberação ocorreu em 30-09-2021.

Em outras palavras, tenho que ao se analisar o pedido da cautelar com prisma na reunião do próximo dia 23/12/21, se faz presente a contemporaneidade; todavia, o ângulo deve ser outro, qual seja, o termo inicial fixou-se a partir da reunião do dia 31/09/21, pois, naquele momento as autoras já não concordavam com o empréstimo e sabiam, desde logo, que haveria reunião ainda neste ano de 2021, motivo pelo qual deveriam ter ajuizado o pedido de tutela provisória àquela época. Por óbvio, a presente ação está dentro do prazo prescricional, mas não se exibe contemporânea ao perigo ou inconformismo do direito supostamente vilipendiado, a fim de postular referida tutela.

No tocante ao perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, também deve ser levado em consideração o possível prejuízo à empresa, caso deixe de fazer os investimentos apontados como necessários, conforme aprovado por 95% (noventa e cinco por cento) dos sócios, os quais ainda serão discutidos na próxima assembleia. Decorre, então que, aparentemente, pode ocorrer prejuízo para a empresa de uma maneira geral, a depender da intervenção judicial açodada.

Observo, também, que as reuniões realizadas nos dias 09/12/2020 e 30/09/2021 poderiam ter sido objeto de ação anulatória há tempos e a distribuição do presente feito ocorreu no dia 16/12/2021 (ontem), às 23h55min, ou seja, o processo e o respectivo pedido acabaram deflagrados no último dia antes do recesso forense, o que permite margem de ser uma estratégia das autoras, a fim de obstar a parte adversária, no que concerne à apresentação de recurso de eventual decisão deste Juízo que lhe desfavoreça, quando trariam maiores elementos informativos a enriquecer os fatos, permitindo uma decisão, igualmente, mais adequada.

Em conclusão, de plano, não há falar-se em probabilidade do direito invocado, perigo de dano e risco ao resultado útil do processo, até porque o perigo se revela duvidoso.

Portanto, INDEFIRO o pedido de tutela antecipada antecedente.

Considerando, como visto, que a parte autora pretende aditar a inicial, conforme item c da exordial (fl. 30), a fim de apresentar o pedido principal cabível, consistente em Ação Ordinária, visando à anulação das deliberações tomadas nas Reuniões de Sócios ocorridas no dia 09.12.2020 e 30.09.2021, com suas consequências legais, também para o afastamento/destituição dos administradores de seus cargos, ante os abusos perpetrados e atos graves praticados, a meu sentir a pretensão ainda abrange a não incorporação do valor de R$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais) ao patrimônio da empresa, frustrando, assim, a operação negocial junto ao Banco do Brasil S/A e a outras empresas.

Nesse passo, tenho que o valor da causa deve ser igualmente aditado, a fim de corresponder ao proveito econômico pretendido, conforme previsto no artigo 292, inciso II, do Código de Processo Civil, qual seja, a não incorporação do montante contratado junto ao banco no patamar de R$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais), pois o investimento pretendido poderia gerar maior lucro, uma vez que, de plano, não se mostrou o prejuízo.

Destarte, a parte autora deverá emendar a inicial, no prazo de 30 (trinta) dias,

Acesso ao Sumário

para, inclusive, atribuir valor correto à causa principal, ou seja, R$95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais), procedendo-se ao recolhimento da complementação das custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição, conforme previsto no artigo 290 do Código de Processo Civil.

No mesmo prazo, para se evitar tumulto processual, poderá aditar sua inicial, nos termos do § 6º, do artigo 303, do CPC, sob pena de extinção do processo, oportunidade em que deverá esclarecer a respeito da origem lícita dos diálogos e mensagens interceptadas que pretende juntar, a fim de se exercer o juízo de admissibilidade das provas lícitas, pois o não esclarecimento e comprovação redundará no indeferimento da juntada.

Intime-se.

Em razões recursais, as Autoras retomam em boa medida os termos de sua peça inaugural e bem relatados na r. decisão agravada, insistindo na reforma do entendimento singular com os seguintes argumentos (fl. 1-27):

(a) Os administradores contrataram o empréstimo vultoso, com endividamento empresarial quase equiparado ao capital social, mesmo sem qualquer destinação confirmada para o montante;

(b) Apuração informal demonstra que os recursos serão revertidos para aquisição de participações de outros sócios, na intenção de manter o controle dos administradores;

(c) Há flagrante risco de comprometimento substancial da saúde financeira do grupo empresarial, especialmente porque as parcelas mensais contratadas superam um milhão de reais;

(d) Houve ilegalidade nas convocações tanto da reunião ocorrida em setembro, quanto na de 23 de dezembro, pois não informada adequadamente aos sócios a ordem do dia e nem fornecidos documentos suficientes;

(e) Há ilegalidade na tomada de empréstimo para a aquisição das próprias quotas, pois aplicável na hipótese os artigos 30 e 154 da LSA.

(f) Flagrante a intenção maliciosa de realizar a reunião no período que coincide com as festas de final de ano e o recesso forense.

(g) Houve equívoco interpretativo na r. decisão singular, pois a deliberação foi aprovada por apenas R$ 51,06% dos votos.

(h) E, por fim, o valor da causa atribuído no ajuizamento da demanda deve ser mantido, pois o valor do empréstimo discutido não representa benefício econômico às Autoras, vez que não foi formulado pedido condenatório nesse valor.

Diante destes fundamentos principais, pretendem as Recorrentes que seja atribuído efeito ativo ao agravo de instrumento para que (i) sejam canceladas ou suspensas as reuniões previstas para o dia 23 de dezembro de 2021; (ii) sejam proibidos os Réus de utilizarem os R$ 95 milhões tomados em empréstimo; e

Acesso ao Sumário

(iii) seja mantido o valor da causa, sem a necessidade de emenda nesse ponto.

Distribuído o agravo aos 21 de dezembro de 2021 (fl. 318), a pretensão liminar foi analisada pelo i. Magistrado plantonista, Dr. Rogério Murillo Pereira Cimino, que indeferiu a eficácia liminar em fl. 319-321, anotando o seguinte:

> [..] No caso dos autos, em análise de cognição sumária inerente à análise da tutela, não há elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada pleiteada na inicial.
>
> De efeito, como observado na r. Decisão agravada, a obtenção do financiamento bancário foi aprovada na Reunião Geral Extraordinária dos sócios das referidas sociedades, restando expressamente consignado em ata que a destinação dos empréstimos seria objeto de nova deliberação dos sócios "ainda no curso do exercício social de 2021".
>
> Vê-se, portanto, que ao contrário do sustentado, inexiste qualquer surpresa no agendamento das reuniões de sócios para o dia 23/12/2021, vez que atende à referida deliberação, que condicionou o uso do financiamento obtido à reunião de sócios.
>
> No que tange à sua destinação, como já observado pelo MM. Juízo inexiste prova cabal nos autos de que o capital social das empresas, garantia do empréstimo, não seja suficiente para suportar seu custo, de forma a comprometer as sociedades.
>
> Por fim, em relação à destinação dos valores obtidos pelo financiamento bancário, é justamente o objeto da deliberação das reuniões societárias, de forma que deve se aguardar o desfecho do ato societário, para a correta verificação de sua destinação, de forma a possibilitar a posterior verificação de eventual ilegalidade.
>
> Assim, observada a possibilidade de eventual suspensão posterior das deliberações em caso de efetiva constatação de ilegalidade, não vislumbro nesse momento processual a existência de perigo de dano ou probabilidade do direito que autorize a concessão da tutela pleiteada.
>
> Ausentes os requisitos cumulativos do artigo 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil, fica indeferido o pedido liminar, sem prejuízo de reexame pelo relator sorteado.
>
> Int.

Acesso ao Sumário

Aos 24 de dezembro de 2021, foi apresentado nos autos pedido de reconsideração do despacho liminar, tendo em vista que o resultado da reunião ocorrida em 23 de dezembro teria corroborado as alegações recursais, sendo imperativa a reapreciação para suspensão dos efeitos do que foi deliberado.

Conclusos ao Relator prevento aos 11 de janeiro de 2021.

Analisados os fundamentos apresentados, histórico do agravo e demais recursos que também foram direcionadas pelas Agravantes a essa instância, não vislumbro motivação sólida para alteração do posicionamento dos Magistrados que já analisaram preliminarmente a litigiosidade já desdobrada em duas lides e numerosos pedidos semelhantes.

As reuniões que pretendiam as Recorrentes evitar com esse recurso, já

ocorreram aos 23 de dezembro, e a discussão sobre seus efeitos e a destinação do empréstimo será mais bem analisada no âmbito de recurso posterior, o AI n. 2302188-24.2021.8.26.0000, que traz fundamentos mais abrangentes.

Pendente nesse agravo, entretanto, o tema relativo ao valor da causa, motivo pelo qual deve ser dado cumprimento ao disposto no art. 1.019, II.

Contraminuta em fl. 436-545, pelo desprovimento do recurso.

Última petição nos autos em 29 de junho de 2022 (fl. 594-595).

É o relatório.

A determinação judicial, no que se refere ao valor da causa está assim fundamentada:

> Considerando, como visto, que a parte autora pretende aditar a inicial, conforme item c da exordial (fl. 30), a fim de apresentar o pedido principal cabível, consistente em Ação Ordinária, visando à anulação das deliberações tomadas nas Reuniões de Sócios ocorridas no dia 09.12.2020 e 30.09.2021, com suas consequências legais, também para o afastamento/destituição dos administradores de seus cargos, ante os abusos perpetrados e atos graves praticados, a meu sentir a pretensão ainda abrange a não incorporação do valor de R$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais) ao patrimônio da empresa, frustrando, assim, a operação negocial junto ao Banco do Brasil S/A e a outras empresas.
>
> Nesse passo, tenho que o valor da causa deve ser igualmente aditado, a fim de corresponder ao proveito econômico pretendido, conforme previsto no artigo 292, inciso II, do Código de Processo Civil, qual seja, a não incorporação do montante contratado junto ao banco no patamar de R$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais), pois o investimento pretendido poderia gerar maior lucro, uma vez que, de plano, não se mostrou o prejuízo.
>
> Destarte, a parte autora deverá emendar a inicial, no prazo de 30 (trinta) dias, para, inclusive, atribuir valor correto à causa principal, ou seja, R$95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais), procedendo-se ao recolhimento da complementação das custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição, conforme previsto no artigo 290 do Código de Processo Civil.

A emenda a inicial foi cumprida em fl. 323-329, nos autos de origem, à exceção do valor da causa, para o qual se manteve o montante de R$ 10.000,00.

Entendeu o Magistrada que a pretensão a pretensão abrange a não incorporação daquele valor ao patrimônio da empresa, porém, respeitado esse entendimento, compreende-se que as agravantes visam apenas resguardar-se de eventual diluição injustificada de sua participação na sociedade, inexistindo conteúdo econômico imediato.

Nesse sentido, veja-se os precedentes: Agravo de Instrumento nº 0562126-83.2010.8.26.0000, São Vicente, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 28.04.2011 e Agravo de Instrumento nº 015185087.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Maira da Cunha, j. 28-08-2012.

Acesso ao Sumário

Por fim, anota-se, como já consignado tratar-se o valor da causa a única matéria passível de julgamento, tendo em vista os fundamentos apresentados no Agravo de Instrumento n. 2302188-24.2021.8.26.0000, j. na mesma data, com a seguinte ementa:

> **SOCIEDADE LIMITADA – Pedido de suspensão de efeitos de reuniões de sócios das empresas Gonzalez Administração e Participações LTDA. e Abatedouro de Aves e Suínos Califórnia Ltda., ambas sócias do *holding* Gonzalez Administração e Participações Ltda. e proibição de utilização do montante captado em instituição financeira para qualquer finalidade – Indeferimento em primeiro grau – Intensa litigiosidade entre as partes que compõem sociedade comercial denominada Abatedouro de Aves Califórnia Ltda., constituída pelas sociedades Gonzalez Administração e Participações Ltda., VGN Participações Ltda., Três Irmãs Participações Ltda., TGG Participações Ltda., MJBG Participações Ltda., Gonçales & Silva Participações Ltda. e IMGD Participações Ltda. – Alegação de que as deliberações visam prejudicar os interesses dos agravantes, sócios minoritários, permitindo a alteração de quórum de deliberação, a aquisição de cotas, facilitando, ainda, a destituição de administradores – Existência de decisão judicial no Juízo de Catanduva de nulidade da deliberação ocorrida na sócia IMGD por irregularidade na convocação de sócios – Questões graves a merecer a cautela de suspensão dos efeitos das deliberações – Matéria que poderá vir a ser alterada ou ampliada por prova que vier a ser colhida pelo Juízo de Origem – Presença dos requisitos previstos no art. 300 do CPC – Recurso provido.**

Em razão do exposto, dá-se provimento ao recurso, mantendo-se o valor da causa atribuído pelas agravantes.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2223342-56.2022.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante RENATO ALVES PRADO FORTUNA, é agravado LAERTE DE MELLO MACHADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 49.730)**

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

MENTO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

VIANNA COTRIM, Relator

EMENTA: Execução de título extrajudicial – Impugnação – Impenhorabilidade prevista no artigo 833, inciso IV, do CPC – Mitigação necessária – Possibilidade de penhora sobre 30% do salário que o executado recebe da Prefeitura de Campinas/SP assim como dos rendimentos junto a empresa Unimed – Inexistência de elementos que comprovem, estreme de dúvidas, que a penhora prejudicará a subsistência do devedor ou de sua família – Agravo improvido, prejudicado o interno.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que rejeitou impugnação à execução.

Insurge-se o agravante, em síntese, contra a penhora de 30% (trinta por cento) de seus rendimentos junto a empresa Unimed, assim como sobre o salário que recebe da Prefeitura de Campinas/SP, até porque se trata de verba de caráter alimentar, destinada a subsistência própria e da família. Invoca, em seu prol, a regra do art. 833, inciso IV, do CPC, colacionando ainda julgados. Busca, por isso, a reforma da decisão agravada.

Deferido em parte o efeito suspensivo, o recurso foi regular e tempestivamente instruído com traslado de peças e recolhimento de preparo.

O agravado apresentou contraminuta (fls. 652/657). Não houve oposição ao julgamento virtual.

Inconformado, o recorrido interpôs agravo interno visando a cassação da liminar.

É o relatório.

1) Observe-se preliminarmente que a execução tramita na origem em autos digitais, razão pela qual será mencionada a numeração em primeiro grau (processo nº 0032275-68.2011.8.26.0114).

2) Transcrevo o seguinte ponto da decisão de fls. 594/596 do qual insurge-se o agravante:

> "A alegação de excesso de execução não comporta acolhimento. Isso porque o impugnante, de maneira incorreta, não inseriu no seu cálculo de fls. 526 o percentual de 10% (dez) por cento do valor apontado

Acesso ao Sumário

como débito remanescente a título de multa (art. 523, § 1º do CPC), a qual diante do não pagamento nos prazos estabelecidos pela lei, é devida pelo executado.

Destarte, considerando que não se verificou excesso de execução e, que os cálculos apresentados pelo exequente estão corretos, é de rigor a rejeição da impugnação, com a consequente homologação da memória de cálculo apresentada pelo impugnado/exequente às fls. 417/418.

No mais, em que pese o inciso IV do artigo 833 do CPC, a penhora de percentual do vencimento líquido do devedor tem inspiração na aplicação analógica da Lei 10.820/2003, com redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências, segundo a qual:

'Art. 2º (...) § 2º No momento da contratação da operação, a autorização para a efetivação dos descontos permitidos nesta Lei observará, para cada mutuário, os seguintes limites: I – a soma dos descontos referidos no art. 1º não poderá exceder a 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração disponível, conforme definido em regulamento, sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: a) a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou b) a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito; II – o total das consignações voluntárias, incluindo as referidas no art. 1º, não poderá exceder a quarenta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento.

A adoção deste percentual é uma solução justa e que atende à equidade, propiciando, de um lado a satisfação parcial do crédito em ação que já perdura desde 2011 sem que haja êxito nas tentativas de constrição, e de outro, não constitui medida violadora dos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Assim, a jurisprudência permite a penhora de até 30% do salário do devedor para pagamento do débito executado pelo credor, o que torna possível que o saldo existente na conta em que depositado o salário seja bloqueado e penhorado, desde que aquele percentual seja respeitado.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2.O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar. 3.

Acesso ao Sumário

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 do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes. 4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1658069/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017).

Ante o exposto, REJEITO a Impugnação à Execução a Impugnação apresentada ao presente cumprimento de sentença. Nos termos da Súmula 519 do E. Superior Tribunal de Justiça, que prevê: 'Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios', não há condenação aos honorários de sucumbência".

Em que pese a irresignação, outra não poderia ser a solução adotada.

Não se desconhece que o artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil dispõe que os vencimentos, salários, pensões e demais verbas ali descritas são impenhoráveis:

"Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º".

Sucede que essa regra reclama exame do caso concreto de modo a não representar a completa frustração do direito do credor, em detrimento da proteção exacerbada ao patrimônio do devedor, notadamente se os elementos dos autos indicarem a recalcitrância em cumprir a obrigação.

Em outras palavras, deve-se assegurar que a regra da impenhorabilidade garanta o sustento do devedor sem anistiá-lo do pagamento de dívidas, o que implicaria inegável dano ao credor.

Anoto, a respeito, precedentes da lavra do E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO EM FASE DE CUM-

Acesso ao Sumário

PRIMENTO DE SENTENÇA. PREPARO. NÃO COMPROVAÇÃO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO E COMPLEMENTAÇÃO (ART. 1007, § 4º, DO CPC/2015). PENHORA DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 833, IV, DO CPC/15. POSSIBILIDADE DE PENHORA DA REMUNERAÇÃO A DEPENDER DA HIPÓTESE CONCRETA. JULGAMENTO PELO CPC/15. DISSONÂNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. (...) 4. No julgamento do REsp. 1.815.055/SP, (julgado em 03/08/2020, DJe 26/08/2020), a Corte Especial decidiu que a exceção contida na primeira parte do art. 833, § 2º, do CPC/15 é exclusivamente em relação às prestações alimentícias, independentemente de sua origem, isto é, oriundas de relações familiares, responsabilidade civil, convenção ou legado, não se estendendo às verbas remuneratórias em geral, dentre as quais se incluem os honorários advocatícios. 5. Registrou-se, naquela ocasião, todavia, que, na interpretação da própria regra geral (art. 649, IV, do CPC/73, correspondente ao art. 833, IV, do CPC/15), a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a impenhorabilidade de salários pode ser excepcionada quando for preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família (EREsp. 1582475/MG, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018). 6. Agravo interno no recurso especial não provido" (AgInt. no Resp. n° 1.900.494/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 25/06/2021). GRIFEI

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO. PENHORABILIDADE. ART. 833, IV, CPC/2015. ERESP N. 1.582.475/MG. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83 DO STJ. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, 'a regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família' (EREsp 1582475/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2018, DJe 16/10/2018). 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou as provas para concluir que não foi comprovado que a penhora não seria capaz de afetar a subsistência familiar. Alterar esse entendimento deman-

Acesso ao Sumário

daria reexame do conjunto probatório do feito, vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento" (AgInt. no REsp. n° 1.919.911/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 25/06/2021). GRIFEI

Não se pode simplesmente permitir a absoluta impenhorabilidade dos valores quando a efetividade do processo reclama providências práticas no sentido de assegurar ao exequente a prestação jurisdicional necessária. A impenhorabilidade é excepcional e deve ser interpretada restritivamente (AI nº 2257227-95.2021.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 10/12/2021).

Assim, levando em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como a natureza remuneratória, deve ser deferida a penhora do salário da executada.

Por outro lado, no tocante ao percentual do valor da remuneração que será penhorado, é oportuno salientar que a execução é realizada em benefício do credor, nos moldes do artigo 797 do Código de Processo Civil, de maneira que o devedor responde, para cumprimento de suas obrigações, com seus bens presentes e futuros, salvo as restrições legais.

É inegável que a execução deve seguir, sempre que possível, o meio menos gravoso ao devedor.

No entanto, isto não significa que o credor seja obrigado a aguardar a boa vontade do devedor para adimplir sua obrigação.

Nesse contexto, o percentual fixado (30%) deve ser mantido, mesmo porque inexistem elementos que comprovem, estreme de dúvidas, que a penhora de parte dos seus proventos prejudicará a subsistência do devedor ou de sua família.

Em outras palavras, deixou o agravante de demonstrar, por meio de prova hábil, que a penhora de 30% dos seus rendimentos prejudicará a sua subsistência.

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

Com o julgamento do principal, fica prejudicado o agravo interno contra o deferimento parcial do efeito suspensivo.

Pelo exposto, por esses fundamentos, cassada a liminar, nego provimento ao agravo, prejudicado o interno.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017783-63.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante LETÍCIA DE JESUS TEIXEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 43.331)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CÉSAR PEIXOTO (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e WILSON LISBOA RIBEIRO.

São Paulo, 5 de outubro de 2022.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Apelação. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, em razão de recusa de acompanhamento do pai no parto. Alegação de existência de requisitos de dever de indenizar pelos danos morais. Sentença de procedência com relação à obrigação de fazer, a fim de autorizar o pai da criança a assistir o parto da autora, consolidando-se a liminar, e, de improcedência do pleito indenizatório. Inconformismo da autora. Sentença reformada.

Dano moral configurado. Negativa que gerou sobressalto e sofrimento psicológico à autora, submetida à imprevisibilidade, no ato da internação, de saber se haveria, ou não, o amparo de seu companheiro durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto, somente verificado após a concessão da tutela de urgência. Sobreleva o estado de angústia que passou sozinha, sem acompanhante, com fortes dores, desde a internação às 7h33 da manhã até a concessão da tutela e o protocolo do ofício às 15h. Presença de nexo de causalidade entre a recusa, indevida, e o incremento do sofrimento da autora. Presentes os re-

Acesso ao Sumário

quisitos do dever de indenizar: ato ilícito, dano e nexo causal entre os dois elementos. Quantum indenitário: R$ 5.500,00.

Recurso de apelação da autora provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela proposta por Letícia de Jesus Teixeira em face de Hospital e Maternidade Guarulhos.

Sentença proferida às fls. 69/72, em 15 de agosto de 2021, pela E. Juíza de Direito Beatriz de Souza Cabezas, cujo relatório adoto, na qual julgou procedente o pedido inicial a fim de autorizar o pai da criança a assistir o parto da autora, consolidando-se a ordem liminar. A r. sentença foi integrada pela r. decisão de fls. 80/81 que acolheu os embargos de declaração opostos pela autora, afastando o pleito de danos morais.

Restou a parte requerida condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$1.500,00.

Apela a autora (fls. 83/90). Relata que no dia em que foi dar a luz a sua filha, foi surpreendida pela apelada com a notícia de que seu companheiro não poderia lhe acompanhar no pré-parto, parto e pós parto, em razão de norma interna do Hospital, que supostamente teria sido editada para impedir o contágio do COVID-19. Realça que somente foram informados acerca do óbice no momento da internação, não havendo como buscar outra unidade hospitalar para a realização do parto. Refere que, desesperados com a notícia, no mesmo instante a apelante entrou em contato com um advogado para que pudesse de forma judicial obter uma autorização para que seu companheiro pudesse lhe acompanhar no pré-parto, parto e pós parto. Salienta que, enquanto os advogados tentavam solucionar a problemática apresentada no dia em que sua filha nasceria, ficou com fortes dores sozinha dentro do quarto, desde a internação até a concessão da tutela. Aduz que o advogado conseguiu em tempo hábil o deferimento da liminar para que pudesse ter seu companheiro acompanhando o nascimento da filha, bem como para lhe proporcional todo amparo moral, psicológico e físico, após ter sofrido muitas dores sem qualquer suporte. Relata que, após a concessão da liminar, sofreu atos de retaliação, pois no momento do parto não apareceu nenhum médico para fazer seu parto, sendo assistida tão somente por enfermeiras. Discorre acerca da necessidade de reforma da decisão a fim de que seja fixada a indenização por danos morais. Alega que não sofreu apenas aborrecimento e frustração, mas desespero, medo, ansiedade, vulnerabilidade, sensibilidade, dentre outros sentimentos avivados quando se viu sozinha nas dependências do hospital para dar à luz a sua primeira filha.

Acesso ao Sumário

Requer, portanto, o provimento do apelo para julgar procedente o pleito de danos morais.

Contrarrazões às fls. 100/112, pelo desprovimento do recurso.

Autos no E. Tribunal em 03.12.2021, distribuído a esta Relatoria em 08.03.2021, conclusos para julgamento na mesma data.

É o relatório.

O recurso da parte autora comporta provimento.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória ajuizada pela autora, em face da operadora de plano de saúde em razão de ter se deparado com recusa de seu direito a acompanhante no momento da internação para o parto de sua filha.

Foi sustentada, na causa de pedir inicial, a ocorrência de ilegalidade, em razão da recusa de acompanhante da parturiente, que teria sido, ao ver da autora, indevida, com fundamento na Lei Federal nº 8.080/90, com alterações pela Lei nº 11.108/05. Alega a autora que ficou sozinha, sem acompanhante, com fortes dores, desde a internação às 7h33 da manhã (fl. 12) até a concessão da tutela às 14h08 e o protocolo do ofício às 15h.

Tendo sido julgado improcedente o pedido indenizatório, porque o juízo sentenciante não identificara demonstração a existência de danos morais e tão somente dissabor, desconforto ou aborrecimento que não se qualificariam como dano de natureza moral.

De partida, cabe reconhecer a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso (à vista da existência da relação que conectava usuário do plano, operadora do plano de saúde como sendo uma relação complexa jurídica de consumo), o regime de responsabilização objetiva da operadora do plano de saúde pela prática de seus comportamentos enquanto contratada para dispensar e fornecer os serviços de assistência médica ao usuário do plano (artigo 14, caput, CDC).

Note-se que a responsabilidade de operadora de plano de saúde deve ser avaliada conforme a regra da responsabilização objetiva nas hipóteses em que se discuta sobre a atuação direta das mencionadas entidades vinculada a seu estabelecimento empresarial.

Acesso ao Sumário

Assim, no caso em tela é necessário avaliar se houve conduta ilícita da parte ré, passível de reparação nas ordens moral e material, em dois desdobramentos, quando a ré vem se recusar a presença do acompanhante da autora e se tal comportamentos originou, ou não, os danos relatados pela parte autora na sua petição inicial.

Para facilitar o contexto, o raciocínio empreendido pelo juízo sentenciante foi o seguinte, para refutar a incidência da hipótese indenizatória, a saber:

"Vistos.

Recebo os embargos declaratórios opostos pela parte a fls.73, posto que tempestivos e, no mérito, os acolho para apreciar o pedido de indenização por danos morais, conforme emenda da petição inicial de fls.20.

No que tange ao pedido de condenação da ré em indenizar danos morais sofridos pela autora, deixo de acolhê-lo.

A indenização por dano moral somente deve ocorrer quando a conduta apontada viola e atinge os chamados direitos da personalidade, aqueles intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana.

Não é apenas o dissabor, desconforto ou aborrecimento que se qualifica como dano de natureza moral.

Nesse sentido, a doutrina:

"só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio do seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimentos, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral (...). Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos"[1].

Não se nega que houve aborrecimento e frustração da embargante, contudo, isso não é suficiente para justificar uma condenação a indenizar em danos morais, sob pena de se banalizar o instituto.

Salvo melhor juízo, a sentença comporta reforma.

Cinge-se a controvérsia posta nos autos se há ou não má prática da operadora do plano de saúde, enquanto objetivamente fornecedora dos serviços de assistência médica por intermédio da rede credenciada, que tenha acarretado algum dano indenizável favorável à autora.

A conduta da ré, ao recusar a presença de acompanhante no momento da internação da autora para o seu parto, ultrapassou o mero aborrecimento do dia-a-dia, atingindo, por ricochete, o estado emocional da autora-apelante, que sofreu angústia e incertezas durante a internação hospitalar voltada ao nascimento de seu primeiro filho, uma vez que ficou, sem acompanhante, com fortes dores, desde a internação às 7h33 da manhã (fl. 12) até a concessão da tutela e o protocolo do ofício às 15h.

Não obstante posterior autorização da presença do acompanhante, em sede de concessão de tutela de urgência, restou caracterizada, inicialmente, a injusta recusa da apelada ao reconhecer o direito da autora a um acompanhante

1 FILHO, SÉRGIO CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2004, p.98. " (cf. fls. 80/81).

Acesso ao Sumário

durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto, consoante expressa previsão do art. 19-J da Lei nº 8.080/90 (Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005).

A situação pandêmica não era justificativa para a negativa do direito da autora, uma vez que a Nota Técnica nº 9/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS recomenda que, mesmo durante à pandemia, seja garantido à parturiente o direito ao acompanhante, desde que assintomático e fora dos grupos de risco para COVID-19: *"2.3. O acompanhante, desde que assintomático e fora dos grupos de risco para COVID-19, deve ser permitido nas seguintes situações: 2.3.1. mulheres assintomáticas não suspeitas ou testadas negativas para o vírus SARSCoV-2: neste caso, também o acompanhante deverá ser triado e excluída a possibilidade de infecção pelo SARS-CoV-2. 2.3.2. mulheres positivas para o vírus SARS-CoV-2 ou suspeitas: o acompanhante permitido deverá ser de convívio diário da paciente, considerando que a permanência junto à parturiente não aumentará suas chances de contaminação; assim sendo, se o acompanhante não for de convívio próximo da paciente nos dias anteriores ao parto, este não deve ser permitido. 2.3.3. Em qualquer situação, não deve haver revezamentos (para minimizar a circulação de pessoas no hospital) e os acompanhantes deverão ficar restritos ao local de assistência à parturiente, sem circulação nas demais dependências do hospital. 2.3.4. O surgimento de sintomas pelo acompanhante em qualquer momento do trabalho de parto e parto implicará no seu afastamento com orientação a buscar atendimento em local adequado.",* consoante bem decidido em primeiro grau.

O comportamento da ré ao recusar a presença de acompanhante gerou, incontrastavelmente, sofrimento e desequilíbrio do bem estar da autora em momento de extrema vulnerabilidade e ansiedade gerado pela expectativa do sucesso do parto de sua filha.

Tal fato agravou a situação de aflição psicológica e de angústia já inerentes a expectativa de dar à luz, ao ser inesperadamente informada que não poderia contar com a presença de seu companheiro nesse momento crucial de sua vida.

É de conhecimento comum que os momentos que antecedem o parto são os mais delicados emocionalmente para a mulher, que, está prestes a desempenhar um dos maiores papeis de sua vida.

Nessa medida, restou devidamente demonstrada a presença dos três elementos necessários para a configuração do direito à indenização, a saber: o ato, o nexo causal e o dano.

Agora, ao arbitramento da indenização por danos morais.

Segundo orientação assentada no Superior Tribunal de Justiça, *"o quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além*

Acesso ao Sumário

de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade" (REsp nº 1122955, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 14/10/2009).

Os danos apurados foram realmente graves e devem ser devidamente compensados e servir de reprimenda à parte ré para não incorrer em situações semelhantes, sem que haja, logicamente, enriquecimento ilícito e sem causa da parte autora.

Em artigo doutrinário que prima pela qualidade do levantamento de dados, o E. Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, depois de exposição de um roteiro histórico dos critérios utilizados e afastando a hipótese de tarifamento legal, aponta que, contemporaneamente, *verbis*:

"(...) o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião (...) [de dois critérios], valorizando-se tanto as circunstâncias [ou elementos objetivos de subjetivos de concreção, qualificados por: a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica)], como o interesse jurídico lesado.

Assim, o arbitramento equitativo da indenização por prejuízos sem conteúdo patrimonial deve ser desdobrado em duas etapas.

> Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (técnica do grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.
>
> Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se da indenização básica, esse valor deve ser elevado ou reduzido de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo.
>
> Com a utilização desse modelo bifásico, procede-se a um arbitramento efetivamente equitativo, respeitando-se as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso concreto" **(SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira.**

Acesso ao Sumário

"O arbitramento da indenização por dano moral e a jurisprudência do STJ". Em: Revista Justiça e Cidadania. Editora JC, Rio de Janeiro, edição 188, p. 17, abril de 2016).

Reforçando essa orientação, o Código Civil de 2002 adota como parâmetro principal para a indenização a mensuração da extensão do dano (artigo 944, *caput*, CC/02), que pode ser temperada, no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, com a redução equitativa da indenização (artigo 944, parágrafo único, CC/02).

Em casos similares de responsabilização civil julgados por este E. Tribunal, as indenizações giram em torno de R$10.000,00. Vejam-se:

INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – OCORRÊNCIA – MATERNIDADE – NASCIMENTO DO FILHO – NEGADO PEDIDO DE ACOMPANHAMENTO DO PAI NO PARTO – OS ELEMENTOS COLIGIDOS AOS AUTOS COMPROVAM QUE O HOSPITAL IMPEDIU A GESTANTE DE TER ACOMPANHANTE DURANTE E DEPOIS DO PARTO – VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NA LEI Nº 11.108/2005 – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANO MORAL QUE DEVE SER INDENIZADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1002355-32.2015.8.26.0004; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV – Lapa – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2019; Data de Registro: 02/08/2019).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA V. ACÓRDÃO, QUE POSSUI A SEGUINTE EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Descumprimento da Lei nº 11.108/2005. Sentença de procedência. Insurgência do requerido. Preliminares: Intempestividade arguida em sede de contrarrazões. Afastamento. Apelante, consórcio público constituído em associação pública, que possui personalidade jurídica de direito público e faz jus à prerrogativa do artigo 183 do Código de Processo Civil. Perda do objeto. Afastamento. Existência de duas ações individuais propostas recentemente na Comarca de Pariquera-Açu reivindicando o direito de garantir a permanência de um acompanhante à gestante. Situação que indica o descumprimento por parte do requerido do quanto estabelecido na Lei nº 11.108/2005. Mérito. Responsabilização do requerido por conta do descumprimento da Lei 11.108/2005, que dispõe acerca do direito da gestante à acompanhante durante o procedimento do parto, além de não propor nenhum plano de reestruturação para atender tal situação. Fatos amplamente provados nos

Acesso ao Sumário

autos. Manutenção da r. Sentença que julgou a demanda procedente, para determinar que o requerido garanta o direito das gestantes a um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, pré e pós-parto, nos termos da Lei nº 11.108/2005. RECURSO DESPROVIDO. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA DEBATIDA NOS AUTOS – CARÁTER INFRINGENTE REVELADO. Se a parte não concorda com o resultado do julgamento, deve buscar sua reforma pela via recursal adequada, tendo em conta que o efeito infringente emprestado aos embargos de declaração somente é cabível de forma excepcional, isto é, uma vez constatada omissão ou contradição no julgado. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

(TJSP; Embargos de Declaração Cível 1000552-39.2020.8.26.0424; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Pariquera-Açu – Vara Única; Data do Julgamento: 15/09/2022; Data de Registro: 15/09/2022)

AÇÃO INDENIZAÇÃO. ATENDIMENTO HOSPITALAR. AUTORA SEM ACOMPANHANTE NA HORA DO PARTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Ação de reparação de danos por defeito do serviço. Primeiro, reconhece-se a falha na prestação de serviços hospitalares. Responsabilidade objetiva do hospital, nos termos do art. 14, caput, da Lei 8.078/90. Ressalto que não houve impugnação da ré sobre a alegação de que a mãe da autora a acompanhava no pré-parto, tampouco que não foi chamada para acompanha-la durante o parto na sala específica, presumindo-se verdadeiros fatos narrados na inicial. Incidência da Lei 11.108/2005, que inseriu o artigo Art. 19-J na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990: "Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato." É compreensível que a gestante, nas circunstâncias que envolvem o parto, esteja preocupada tanto com o parto em si quanto às condições de saúde do bebê. Por esses motivos, a lei federal assegurou à parturiente o direito à presença de um acompanhante. Na hipótese, a acompanhante (genitora da autora) estava presente no pré-parto e, cabia à ré deixá-la acompanhar a autora até a sala de parto, exatamente para evitar "não ter tempo de chamá-la", argumento dado pelos prepostos da ré após o nascimento. Afastadas as demais alegações da autora relativas à falta de habilitação da enfermeira e à conduta por ela adotada. E segundo, tem-se como demonstrados os danos morais passíveis de indenização. A autora foi privada da companhia de sua geni-

Acesso ao Sumário

tora durante o parto, justamente na hora que estava vulnerável, ansiosa e sensível diante não só de todos os riscos que envolvem sua saúde e a do bebê, mas também das expectativas em torno do sucesso do parto. Indenização fixada em R$ 10.000,00. Ação julgada procedente em segundo grau. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1011229-25.2019.8.26.0114; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/01/2022; Data de Registro: 12/01/2022).

Todavia, em se considerando que houve a concessão da tutela de urgência e que a autora pode realizar o parto com a presença do acompanhante, não obstante o estado de angústia que passou sozinha, sem acompanhante, com fortes dores, desde a internação às 7h33 da manhã (fl. 12) até a concessão da tutela às 14h08 e o protocolo do ofício às 15h, o valor indenizatório não deve chegar ao montante fixado nos precedentes acima.

Considerando o pedido inicial de R$5.500,00, se reflete, portanto, como proporcionalmente arbitrado face às circunstâncias retratadas no caso, não só resguardado o seu efeito de compensar o dano sofrido, mas também de emitir o seu efeito repressivo-pedagógico, observados os claros limites do artigo 884 e 944 do Código Civil, alinhado à jurisprudência deste Tribunal.

Sobre tal montante incidirão juros de mora desde a citação válida da parte ré, além de correção monetária a partir da data desse julgamento (S. 362, STJ).

Julga-se, assim, procedente o pedido de indenização por danos morais, para condenar a parte ré ao pagamento, a autora, do dano moral sofrido, na monta de R$ 5.500,00.

Lado outro, com relação às alegadas perseguições sofridas pela autora e ao fato alegado de que não teria sido atendida por médico em seu parto, mas tão somente por enfrearas, não há qualquer elemento hábil a tais demonstrações.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009966-

40.2021.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante CINTIA DA SILVA BARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DOS NÚCLEOS HABITACIONAIS, CORTIÇO E MORADORES DE ALUGUEL DE BAIXA RENDA DA REGIÃO OESTE DE DIADEMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22/50.064)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e PASTORELO KFOURI.

São Paulo, 7 de outubro de 2022.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação – Associação – Ação de Rescisão Contratual cumulada com Devolução de Quantias Pagas – Sentença de improcedência – Insurgência da Autora – Decisão **"citra petita"** não configurada – Preliminar afastada – Mérito – Venda de imóvel a terceiro que conduz à rescisão do contrato com a reposição das partes ao **"status quo ante" – Devolução da integralidade das parcelas pagas ante a incontroversa culpa da Ré – Descabimento da retenção prevista na avença – Incidência das Súmulas n.º 2 deste TJSP e 543 do C. STJ – Reembolso dos valores efetivamente pagos a ser apurado em liquidação de sentença – Sentença reformada – Recurso provido.**

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou improcedente Ação de Rescisão Contratual cumulada com Devolução de Quantias Pagas.

Apela a Autora aduzindo, em síntese, que a r. sentença é "citra petita", por não ter examinado o pedido formulado na inicial em toda a sua amplitude. No mérito, sustenta que aderiu à Apelada para a aquisição de gleba de terreno destinado às pessoas de baixa renda. Diz que efetuou os pagamentos devidos e que, ao solicitar a carta de quitação e imissão na posse, obteve a informação de que o imóvel fora vendido a terceiro.

Contrarrazões apresentadas (fls. 207/210).

Recebo a apelação nos seus regulares efeitos.

Acesso ao Sumário

É o Relatório.

De início, observo que a preliminar de r. sentença "citra petita" não comporta acolhimento. O julgamento observou os limites do pedido e os analisou, como pode ser observado na fundamentação do decisório.

No mérito, o recurso deve ser provido.

A Autora aderiu à Associação Requerida, em 2004, para a aquisição de gleba de terreno destinado a pessoas de baixa renda familiar (inferior a 10 salários mínimos), na Região do Bairro Serraria, na Comarca de Diadema (fls. 25/28).

O custo do terreno adquirido pela Ré foi rateado entre os associados, cabendo à Autora, o valor de R$ 42.505,61, parcelado em 53 vezes, nos termos da inicial.

A Autora juntou aos autos comprovantes de pagamentos (fls. 29/80 e 82/89).

Afirmou, ainda, que ao tentar obter a carta de quitação e a imissão na posse do bem, foi informada sobre a sua venda a terceiro (fls. 96), o que não foi impugnado pela Ré, em sede de contestação.

Pois bem.

A relação jurídica havida entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor em típica relação contratual de adesão, restando descaracterizada a natureza associativa da Apelada que exerce típica atividade imobiliária.

A respeito do tema, transcrevo trecho do voto proferido pelo eminente Desembargador Relator J.B. Paula Lima:

> *"De início, irrelevante o nome dado à pessoa jurídica (associação, cooperativa, etc.) e a forma de ingresso dos interessados, pois estamos diante de relação material de natureza tipicamente imobiliária venda e compra – firmada entre as partes com o fim de aquisição de imóvel, o que, consoante pacífica jurisprudência, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor"* (TJSP, Apelação Cível n.º 1044147-61.2018.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/10/2019; Data de Registro: 01/10/2019).

No caso dos autos, verifica-se que há culpa da Apelada pela rescisão da avença, vez que não cumpriu os termos do instrumento na medida em que alienou o imóvel a terceiro, assim, impõe-se a devolução integral dos valores pagos.

Inaplicável, portanto, a cláusula 7ª do instrumento firmado *("Em caso de desistência por parte do associado ou por retirada da parte ideal por parte da Associação não será (sic) devolvidos os 10% do que se refere o item 01 deste termo de adesão bem como será descontado (sic) todas as taxas bancárias (talões de carnês e CPMF)* – fls. 27).

Acesso ao Sumário

A mora da Ré restou incontroversa, assim deve ser declarada a rescisão do contrato com a devolução integral das parcelas pagas, nos termos das Súmulas n.º 2, deste E. TJSP e 543 do C. STJ.

Nesse sentido, julgados desta c. Corte, nos quais a Apelada figura como parte:

"Apelação Cível. Ação de rescisão contratual c/c devolução de quantias pagas, perdas e danos. A ação se deu por conta de aquisição de futura unidade de projeto habitacional de baixa renda, da qual nunca foi entregue pela ré. Diante disso, ***a rescisão deve ser decretada por culpa exclusiva da ré e o valor pago deve ser integralmente restituído, sem qualquer retenção, já que a autora não contribuíu para a rescisão do contrato. Súmula 2 deste E. Tribunal.*** *Danos morais descabidos. Apelos desprovidos"*

(Apelação Cível 1004887-80.2021.8.26.0161; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022 – destaquei).

"Gratuidade da justiça concedida à apelante apenas para a isenção do complemento do preparo, possibilitando a admissão e apreciação do recurso (art. 98, § 5º, do Código de Processo Civil). Atraso na entrega da obra – Rescisão e devolução de quantias pagas – Descaracterização da natureza associativa da ré – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Atraso na entrega da obra que perdura há mais de 6 anos – ***Culpa exclusiva da ré – Inadimplemento que implica na rescisão do termo de adesão e devolução integral dos valores desembolsados, de uma só vez – Incidência da Súmula 2 da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça e da Súmula 543 do STJ –*** *Apuração dos valores a serem restituídos a ser efetivado em sede de cumprimento de sentença, onde se analisará toda a documentação referente aos valores efetivamente pagos pelos autores – Motivação da sentença que é adotada como razão de decidir em Segundo Grau – Aplicação do art. 252, do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça – Recurso improvido"* (Apelação Cível 1016033-89.2019.8.26.0161; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2022; Data de Registro: 07/02/2022).

Por fim, anoto que a correção monetária incide desde o desembolso e os juros de mora a partir da citação por se tratar de relação contratual, nos termos do artigo 405, do CC.

Destarte, diante do acima exposto, a sentença deve ser reformada para se julgar procedente a ação, a fim de declarar rescindido o contrato, condenando a

Acesso ao Sumário

Ré ao reembolso, de uma só vez, dos valores efetivamente pagos pela Autora, devidamente corrigidos desde a data do desembolso e acrescido de juros de mora a partir da citação, nos termos do art. 405, do CC, o que deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Com a inversão da sucumbência, compete à Ré suportar as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos ao patrono da Autora, que ora fixo em 12% sobre o valor atualizado da causa.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027517-43.2018.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes M.F.D. (JUSTIÇA GRATUITA) e L.A.D.F. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados A.F.D. (POR CURADOR) e S.F.D. (G..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.358)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente), CHRISTIANO JORGE e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 19 de outubro de 2022.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA PELA GENITORA IDOSA CONTRA OS SEUS FILHOS. Parcial procedência. Pensão fixada em 30% do salário mínimo para os réus/apelantes. Insurgência. Análise feita à luz do artigo 1694 do CC. Necessidades da idosa demonstradas nos autos. Valor fixado que perfaz o auxílio financeiro mínimo que os filhos podem proporcionar à genitora idosa e adoentada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 443/447) que julgou procedente a ação de alimentos para "condenar à correquerida E.F.D., ao pagamento de alimentos em favor da autora no valor de R$400,00 reajustados

na mesma data e mesmo índice do salário mínimo nacional vigente à data do pagamento; e, os correqueridos M.F.D., L.A.D.F., V.D.N.S. e A.F.D. no pagamento da pensão alimentícia mensal à autora, na quantia equivalente 30% (trinta por cento) do salário mínimo nacional vigente à época do pagamento"

Inconformados, os réus "M." e "L.A." requerem o provimento de seu recurso, objetivando a redução dos alimentos para 15% do salário mínimo, pois contestam os gastos da idosa. A requerida "M." alegou, também, que recebe pensão previdenciária no valor de 1 (hum) salário mínimo e ainda sustenta os filhos (fls. 451/459 e 463/467).

Não foram apresentadas contrarrazões recursais.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos apelos (fls. 482/484).

É o relatório.

Cuida-se de ação de alimentos proposta pela genitora idosa e interdita contra os seus filhos.

Precluso o debate sobre o dever de pensionamento, remanesce apenas a questão referente ao valor da pensão devida pelos réus "M." e "L.A.".

Razão, contudo, não assiste aos apelantes.

Como vem decidindo esta Câmara, o dever alimentar *"deve ser lido, sempre, na perspectiva da dupla análise da necessidade daquele que pleiteia o auxílio e da possibilidade daquele que o presta, fatores amalgamados sob a denominação, já consagrada pela jurisprudência, de 'binômio necessidade -possibilidade', o qual deve nortear, em qualquer caso, a determinação, revisão ou exoneração da prestação fixada"* (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1004985-79.2019.8.26.0664, Rel. Vito Guglielmi, j. em 13/03/2020).

As necessidades da autora, idosa e interditada, foram comprovadas nos autos (só a casa de repouso lhe custa R$ 2.000,00 mensais). Além disso, gastos com consultas médicas, plano de saúde, medicamentos, dentre outros, certamente geram gastos bem maiores do que sua aposentadoria (no valor de R$ 1.000,00).

O valor a que foram condenados os recorrentes correspondem ao auxílio financeiro mínimo que devem os filhos prestar para que sua genitora idosa e doente tenha um fim de vida digno.

Nenhum dos recorrentes comprovou a impossibilidade absoluta de arcar com o baixo montante arbitrado para cada um deles.

Por tais razões, confirma-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Majoram-se a verba honoraria sucumbencial para R$ 2.500,00, nos termos do artigo 85, § 11, do NCPC, observada a gratuidade deferida aos réus.

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000979-97.2021.8.26.0069, da Comarca de Bastos, em que é apelante ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS S/A., é apelado ENERGISA SUL-SUDESTE DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.651)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente sem voto), DARIO GAYOSO e ALFREDO ATTIÉ.

São Paulo, 20 de outubro de 2022.

SERGIO ALFIERI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação regressiva de ressarcimento de danos. Oscilação na rede de distribuição de energia elétrica. Sentença de improcedência. Irresignação recursal da autora. Acolhimento. Queima de equipamentos eletroeletrônicos. Prova hábil consubstanciada nos laudos técnicos, emitidos por empresas terceirizadas, idôneas e especializadas. Nexo de causalidade evidenciado. Autora que se sub-rogou nos direitos dos consumidores, após o pagamento das indenizações (art. 786, caput e art. 349, ambos do CC). Relação de consumo caracterizada. Incidência do CDC ao caso concreto. Responsabilidade objetiva da concessionária ré (art. 14, do CDC). Ré que não comprovou a exclusão de sua responsabilidade (art. 373, II, do CPC c.c art. 14, § 3º do CDC). Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora **ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS S/A**, contra a r. sentença de fls. 558/564, cujo

relatório se adota, que, nos autos da ação regressiva de ressarcimento de danos, ajuizada em face de **ENERGISA SUL-SUDESTE DITRIBUIDORA DE ENERGIA S/A**, julgou improcedente o pedido com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, condenou a parte autora a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 2.º, do Código de Processo Civil.

Irresignada, apela a autora, às fls. 567/589, sustentando que não há que se falar em documento unilateral, pois os laudos apresentados foram emitidos por empresas de assistência técnica escolhidas pelos segurados, que sequer têm conhecimento das ações de regresso contra o verdadeiro causador do dano, tampouco se cogita qualquer interesse no êxito da demanda. Ressalta que o item 6.2 do Módulo n. 09 do PRODIST, dispõe que a concessionária só pode indeferir requerimento de ressarcimento de danos, se apresentarem 05 tipos de relatórios diferentes, o que não ocorre no caso em tela. Aduz que a concessionária não só descumpre as normas infralegais a qual está vinculada, pois é obrigada a apresentar os mencionados relatórios, como carece do dever de observância das normas processuais no que tange as provas, vez que não apresenta provas adequadas e qualificadas aos moldes das normas legais e infralegais, sendo suas ilações desacompanhadas de qualquer fato impeditivo, modificativo e extintivo, não se desincumbindo de seu ônus, portanto, incapaz de se eximir de sua responsabilidade em indenizar. Assevera que restou comprovado o nexo de causalidade nos autos, pois os laudos técnicos atestam a ocorrência dos danos relatados pelos segurados. Aduz ser descabida a preservação dos equipamentos avariados, eis que são objetos de uso diuturno, sendo necessária a imediata substituição destes. Destaca que o pedido de ressarcimento extrajudicial é mera faculdade dado aos segurados consumidores; que é desnecessária a realização de perícia em vista da suficiência dos laudos técnicos apresentados; e que por não atualizar a rede com dispositivos de segurança, a má prestação dos serviços da ré acarretou os danos nos equipamentos dos segurados. Discorre acerca da necessidade de inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência técnica da seguradora. Colaciona julgados, para embasar sua pretensão.

Por fim, pleiteia o provimento do recurso, para reformar a r. sentença recorrida, julgando-se procedente a ação.

Recurso regularmente processado e preparado, às fls. 588/589.

Contrarrazões apresentadas às fls. 593/622.

É o relatório.

Em fase de juízo de admissibilidade, anoto que se encontram presentes nos autos os requisitos legais necessários para o processamento do recurso.

Conforme atual posicionamento pacificado por esta C. Câmara ao qual

Acesso ao Sumário

me filio, tendo modificado meu entendimento anterior sobre a questão, o recurso comporta provimento.

Cuida-se de ação regressiva na qual a seguradora pretende o ressarcimento dos valores pagos a título de indenização aos segurados, sustentando que os bens eletroeletrônicos foram danificados por problemas no fornecimento de energia elétrica.

Inicialmente, consigna-se que à presente demanda incidem as normas consumeristas previstas no Código de Defesa do Consumidor, porquanto a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, decorrente da sub-rogação da seguradora autora nos direitos dos segurados, após o pagamento da indenização por conta do evento danoso, conforme art. 786, *caput*[1] e art. 349[2], ambos do Código Civil.

A respeito da sub-rogação, o i. Desembargador Hamid Charaf Bdine Jr., em comentário sobre o art. 349 do Código Civil, esclarece que *"ao ser efetuada a subrogação, no entanto, o novo credor pode exercer em relação ao devedor tudo o que o primeiro credor dispunha contra ele. Desse modo, se o consumidor tem os privilégios da hipossuficiência que lhe reconhece o CDC, caso obtenha ressarcimento em virtude do seguro que contratou, a seguradora poderá invocar o tratamento benéfico conferido pelas normas consumeristas ao segurado e deduzi-las em face do causador do dano. Imagine-se o caso de um defeito no veículo gerar um acidente com prejuízos ao motorista, que recebe a indenização da companhia de seguros. Ao pagar a indenização, a seguradora sub-roga-se nos direitos do consumidor e pode invocar o disposto nos arts. 12 e 26 do CDC para se ressarcir dos eventuais prejuízos que indenizou ao segurado" (Código Civil Comentado, Coordenador: Ministro CEZAR PELUSO, Editora Manole, 2013, 7ª ed., Barueri, p. 345).*

Prosseguindo-se, é importante ressaltar que não há como restringir o direito do usuário do serviço público ao ressarcimento dos prejuízos causados pela falha na prestação de serviços, sob o argumento de inobservância das regras previstas na Resolução nº 414/2010 da ANEEL, isso porque, tais regras não têm o condão de revogar preceitos de ordem legal e constitucional.

Como se vê, a autora comprovou suas assertivas colacionando aos autos as apólices de seguro e avisos de sinistro (fls. 41/42, 54/59, 76/77 e 92/93); os laudos técnicos (fls. 43, 60/63, 79 e 94/95); Relatórios Finais de Regulação (fls. 44/48, 64/68, 81/84 e 96/103), fotografias dos equipamentos danificados (beneficiário Roberto Aparecido Cristiano – fls. 104/110); bem como os comprovantes dos pagamentos das indenizações securitárias (fls. 49, 69, 85 e 112),

Acesso ao Sumário

1 *CC, art. 786, caput: "Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano".*

2 *CC, Art. 349. "A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores".*

sub-rogando-se nos direitos dos seus segurados.

E, respeitado o entendimento do i. Magistrado de primeiro grau, tais documentos são suficientes a comprovar o nexo de causalidade entre a falha na prestação de serviços da concessionária ré e os danos nos equipamentos dos segurados.

Os laudos técnicos apresentados pela autora atestaram que a queima dos equipamentos se deu em razão da oscilação de energia elétrica, e, embora seja prova unilateral, é uma prova válida, mormente porque a idoneidade das empresas não foi abalada pela ré.

Outrossim, não há razão para se crer que os referidos laudos, produzidos por empresas terceirizadas, idôneas e especializadas, tenham parcialidade no resultado obtido, sendo certo, ainda, que a seguradora adota critérios rigorosos na efetiva apuração dos danos, a fim de se evitar fraudes, para daí indenizar os segurados.

Ao revés, o conjunto probatório apresentado pela ré é que se mostra unilateral, porquanto colacionou aos autos telas de seu sistema interno e relatórios técnicos elaborados pela própria concessionária, incapazes, por consequência, de comprovar a ausência de oscilações nas unidades consumidoras dos segurados.

De outra banda, em razão do lapso temporal, não há mais como realizar a perícia nos equipamentos danificados, que já foram reparados ou substituídos.

Ademais, é objetiva a responsabilidade da concessionária ré, consubstanciada na teoria do risco da atividade, amoldando-se o caso vertente à hipótese do art. 14 do CDC:

*"**Art. 14.** O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.* § 1º *O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: **I** – o modo de seu fornecimento; **II** – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; **III** – a época em que foi fornecido. **(...) § 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."*

E o artigo 22 do mesmo diploma legal estabelece que as concessionárias são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos.

A responsabilidade objetiva pela reparação dos danos também decorre da teoria do risco administrativo, conforme preceitua o § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal: *"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes,*

Acesso ao Sumário

nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Logo, a responsabilidade da concessionária ré independe da comprovação de culpa, sendo suficiente para configurá-la, a demonstração de sua ação ou omissão, do resultado danoso e do nexo de causalidade entre ambos, cabendo à ré, por sua vez, demonstrar a ocorrência de alguma das causas excludentes da sua responsabilidade, nos termos do § 3º, do dispositivo supratranscrito c.c. artigo 373, II, do CPC, ônus do qual não se desincumbiu.

A propósito, este é o atual entendimento desta C. Câmara em relação ao tema:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Oscilação de energia elétrica (descarga). Danos em bens da segurado da autora. Responsabilidade objetiva da concessionária ré. (art. 37, § 6º, CF). Danos causados por fato do serviço. Excludentes de responsabilidade não demonstradas (art. 14, § 3.º, CDC). Laudo técnico comprovando a existência de nexo de causalidade entre a conduta da recorrente e os danos verificados. Dever de proteção do consumidor inerente à atividade econômica desenvolvida pela concessionária ré. Ressarcimento devido. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível nº 1028904-90.2021.8.26.0482; 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator: Alfredo Attié; j. 16.08.2022)

"APELAÇÃO. SEGURO. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA SUB-ROGADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. OSCILAÇÃO NA REDE ELÉTRICA. DANOS EM EQUIPAMENTOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. Sentença que julgou improcedente a ação. Inconformismo da parte autora. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, da Colenda 27ª Câmara de Direito Privado e de diversas outras Câmaras desta Corte. Sentença reformada. Recurso provido." (Apelação Cível nº 1102980-72.2018.8.26.0100; 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator designado: Rogério Murillo Pereira Cimino; j. 28.06.2022)

"AÇÃO DE REGRESSO POR SUB-ROGAÇÃO. Prestação de serviços. Energia elétrica. Oscilação no fornecimento. Danificação de equipamentos. Cobertura dos sinistros pela Seguradora. SENTENÇA de procedência. APELAÇÃO da Concessionária ré, que visa à anulação da sentença por cerceamento de defesa a pretexto de privação das provas oral e pericial simplificada, insistindo nas preliminares de falta de interesse de agir e inépcia da inicial, pugnando quanto ao mérito pela improce-

Acesso ao Sumário

dência, por ausência de responsabilidade civil quanto ao evento danoso. EXAME: Observa-se inicialmente a reconsideração de entendimento que vinha sendo adotado sobre a questão, em razão do exame da prova. Relação contratual entre os segurados da autora e a Concessionária ré, que se configura como relação de consumo, sujeita portanto ao Código de Defesa do Consumidor, que se estende à Seguradora em razão da sub-rogação, "ex vi" do artigo 786, "caput", do Código Civil. Ausência contudo de configuração dos requisitos para a aplicação da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, da mencionada Lei Protetiva, ante a não configuração da hipossuficiência técnica ou econômica da Seguradora. Preliminares de falta de interesse de agir e inépcia da inicial corretamente afastadas na sentença. Cerceamento de defesa não configurado. Prova documental constante dos autos que era suficiente para o julgamento da causa, ante a comprovação da ocorrência do sinistro, do dano e do nexo de causalidade entre um e outro, bem ainda do desembolso em razão da cobertura do prejuízo aos segurados nas quantias indicadas. Responsabilidade civil objetiva amparada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Falha da Concessionária demandada na prestação do serviço aos segurados da autora bem configurada, ante a ausência de prova contrária. Aplicação do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Pretensão de reembolso, pela sub-rogação, que no caso deve ser acolhida. Correção monetária que deve ter incidência a contar do desembolso, "ex vi" da Súmula 43 do C. Superior Tribunal de Justiça, e juros de mora que devem ter incidência a contar da citação, "ex vi" do artigo 405 do Código Civil. Verba honorária devida aos Patronos da autora que deve ser majorada para doze por cento (12%) do valor da condenação, "ex vi" do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (Apelação Cível 1027084-36.2021.8.26.0482; Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/08/2022)

E não há que se falar em imprevisibilidade (chuvas e descargas atmosféricas), uma vez que incumbe à concessionária ré, dada a natureza do serviço que presta, zelar pela sua manutenção e qualidade.

Assim, cabia somente à ré adotar mecanismos de segurança para que oscilações no sistema de energia não causassem prejuízos aos consumidores, com a queima de aparelhos elétricos.

Acerca do tema já se pronunciou o C. STJ:

"(...) a concessionária merece ser responsabilizada ante sua conduta omissiva e negligente, porquanto a queda de um raio não é um fenômeno natural, uma vez que, na qualidade de concessionária de serviço público de for-

Acesso ao Sumário

necimento de energia elétrica, deve adotar as medidas preventivas, como por exemplo, instalar dispositivos de segurança eficazes para controlar a oscilação na tensão da energia elétrica sobretensão ou subtensão, que pode ser causada por raio, tendo como consequência, curto circuito e eventual incêndio" (AREsp 139147; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJe 01.08.2012).

Destarte, de rigor a reforma da r. sentença recorrida, a fim de julgar procedente a ação, para condenar a concessionária ré a restituir à autora o valor pago à segurada, no importe de R$ 4.588,00, com incidência de correção monetária pela Tabela Prática do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, desde a data do respectivo desembolso, e juros de mora de 1% ao mês, contados da data da citação.

Em razão da sucumbência, condeno a ré a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, os quais fixo em 20% do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005964-06.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes CLAUDIA MARIA LIBERALI MENON (JUSTIÇA GRATUITA) e LIVIA MARIA LIBERALI MENON (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CHARLES TOBIAS GOMES.

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 34.552)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), ALEXANDRE COELHO e BENEDITO ANTONIO OKUNO.

São Paulo, 20 de outubro de 2022.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS – POSTAGENS DE OFENSAS E XINGAMENTOS NA REDE SOCIAL FACEBOOK CHAMANDO O AUTOR DE ESTELIONATÁRIO, BURRO, ARROGANTE, INCOMPETENTE ETC. – EXPRESSÕES OFENSIVAS QUE EXTRAPOLAM O DIREITO À

CRÍTICA – VIOLAÇÃO À HONRA SUBJETIVA DO AUTOR – ABUSO DE DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO – "QUANTUM" INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA ORIGEM EM R$ 16.500,00 – EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, IMPÕE-SE A REDUÇÃO PARA R$ 12.000,00 CORRIGIDOS DA DATA DA PROLAÇÃO DA R. SENTENÇA E COM JUROS DE MORA CONTADOS DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54 DO STJ) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 777/787, que julgou parcialmente procedente o pedido para, ratificando a liminar da tutela antecipada, compelir as partes requeridas a cancelar/apagar postagens realizadas em seu perfil do facebook, textos, comentários e mensagens que envolvam o autor, direta e indiretamente, assim como as suas fotos e imagens que foram divulgadas acerca dos fatos tratados nestes autos e para CONDENÁ-LAS a pagar à parte autora a quantia de R$ 16500,00 (dezesseis mil e quinhentos reais), cada uma, incidentes correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir desta data, a título de indenização por danos morais; e, ainda, julgou IMPROCEDENTE o pedido reconvencional formulado por CLAUDIA MARIA LIBERALI MENON e LIVIA MARIA LIBERALI MENON contra CHARLES TOBIAS GOMES, extinguindo o feito com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência, condenou as rés nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação, observada a gratuidade de justiça concedida.

Irresignadas, recorrem as rés em busca da reforma da sentença, pugnando pela improcedência do pedido; entendem que o autor não faz jus ao pedido de indenização por danos morais, porque houve um mero aborrecimento não indenizável; subsidiariamente pleiteiam a redução do *quantum* fixado a título de indenização (fls. 804/828).

Contrarrazões às fls. 832/859.

Não houve objeção ao julgamento virtual do presente recurso.

É o relatório.

1. – DO RECEBIMENTO DO RECURSO – A apelação é recebida em ambos os efeitos, exceto quanto ao capítulo da sentença que confirmou a tutela de urgência, em que se processará sem suspensividade.

Acesso ao Sumário

2. – SÍNTESE DA DEMANDA – CHARLES TOBIAS GOMES ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de reparação por danos morais em face de CLAUDIA MARIA LIBERALI MENON e LIVIA MARIA LIBERALI MENON, para vê-las condenadas a lhe indenizar os danos morais provocados com atribuições de qualidades negativas que lhe foram atribuídas, a saber, "burro", "arrogante", "incompetente", "nojento", "sem educação", "sem vergonha" e "estelionatário", além de narrativas inverídicas veiculadas em suas páginas do Facebook, após terem as partes requeridas sido por ele abordadas em diligência policial e sofrido penalidades de trânsito, postulando, pois, sejam condenadas a lhe pagar a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais), para reparar a humilhação e vexame que lhe provocaram, assim como para que sejam condenadas a excluir as referidas postagens e a se retratar publicamente.

A tutela foi deferida às 88/90.

As requeridas apresentaram respostas na forma de contestação (fls. 116/129) e reconvenção (fls. 306/310, "emendada" às fls. 336/342), nas quais arguiram preliminares de inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, de ilegitimidade passiva *ad causam* e de falta de interesse de agir, porque em verdade foram elas, demandadas, vítimas de abuso de poder e assédio na ocasião em que abordadas; quanto ao mérito, refutaram as alegações e pedidos formulados na inicial, asseverando que, ao contrário do alegado, elas foram vítimas de abuso de poder e assédio e que as publicações em suas páginas pessoais foram feitas no exercício da liberdade de expressão sem alusão a nome, rosto ou qualquer elemento identificador, de modo que não praticaram qualquer ato ilícito que possa ensejar obrigação de indenizar, devendo ser julgado improcedente o pedido formulado pelo autor reconvindo, que, lado outro, deve ser condenado a pagar-lhes indenização de danos morais então experimentados, decorrentes dos ilícitos que então praticou.

Realizada audiência de instrução e julgamento foi colhido o depoimento pessoal do autor e foram ouvidas testemunhas arroladas por ele e pelas requeridas (fls. 728/729), apresentando, posteriormente, alegações finais, reiterando suas teses (fls. 736/759 e fls. 760/776).

Por fim, sobreveio a r. sentença ora impugnada, que julgou parcialmente procedente o pedido do autor e improcedente o pleito reconvencional.

3. – DO DIREITO – Restou demonstrado que no dia 24/11/2013, o autor estava em serviço no Posto de Fiscalização da Polícia Militar Rodoviária de Santa Rita do Passa Quatro/SP, localizado no quilômetro 250 Rodovia SP 330 (Rodovia Anhanguera), desempenhando o seu ofício, quando constatou irregularidade na documentação da corré Claudia, acompanhada por sua irmã no banco passageiro do veículo. Descontentes com a abordagem, as requeridas divulgaram em suas redes sociais ofensas de cunho humilhante e vexatório, ma-

culando a imagem do autor.

Como bem observado pela MMª Juíza de origem: *"confirmada a tese da parte autora no sentido de que as partes requeridas reconvintes lhe provocaram danos morais com suas postagens, cuja realização elas admitiram, tanto que veiculavam foto, expressões ofensivas e cuja veracidade não restou demonstrada, e, mais, foram passíveis de identificação, por terceiros, da pessoa a que se dirigiam, condições bastantes para manchar a honra, a imagem e nome da parte autora, sobretudo em âmbito profissional".*

A manifestação das rés em rede social, de fato, está revestida de tom nitidamente difamatório, ofensivo e agressivo. Não se trata, no caso, de 'mero desabafo'.

Ao revés, sua publicação extrapolou os limites da livre manifestação de pensamento, garantido constitucionalmente, e acabou por ferir a honra e a dignidade da autora, direitos estes também protegidos pela carta maior.

Observe-se que, além de publicar fotografia do autor, as rés lhe imputaram condutas tidas por desonrosas, como estelionato. Daí se extrai a intenção das rés de verdadeiramente provocar o autor, maculando sua imagem e honra, em site de larga utilização e acesso por milhares de pessoas, conhecidas e desconhecidas do autor.

Importante consignar que eventual sentimento de tristeza, amargura, fúria e/ou desgosto, vivenciado por determinada pessoa, não lhe confere pleno direito de dizer ou fazer o que bem entender, tampouco o direito de proferir ofensas contra o suposto ofensor.

Logo, comprovada a prática de ato ilícito pelas rés e o dever de indenizar.

Assim, deve ser mantida a condenação no pagamento de indenização pelos respectivos danos morais sofridos pelo autor.

No tocante ao *quantum*, deve-se lembrar que o balizamento da indenização de danos morais há de ser feito dentro de uma razoabilidade, ou seja, reparar a dor sofrida sem que haja um enriquecimento sem causa por parte da vítima (STJ, REsp. 245.727-SE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. 578.682-0-SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Em atenção ao cunho satisfativo-punitivo de que se revestem as indenizações por dano moral e, ainda, aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade que norteiam o seu arbitramento, de rigor a redução do *quantum* indenizatório para R$ 12.000,00, acrescido de correção monetária de acordo com a tabela prática deste E. TJSP a partir da sentença e com juros moratórios contados da data do evento danoso.

No mais, o r. pronunciamento de primeira instância fica mantido.

4. – DOS HONORÁRIOS RECURSAIS – O êxito ainda que parcial

Acesso ao Sumário

do recurso impede o arbitramento da verba prevista no § 11 do art. 85 do CPC

5. – CONCLUSÃO – Daí por que se dá parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002122-49.2022.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante/apelado WESNER SAINT JEAN (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante ITAÚ ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.013)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 31 de outubro de 2022.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Ementa: Recursos de apelação. Ação declaratória c.c. indenização por dano moral e material c.c. repetição do indébito. Sentença de parcial procedência. Inconformismo de ambas as partes. Contrato de consórcio de veículos efetuado na mesa do gerente, por meio de pinpad não reconhecido e originário de descontos de parcelas em conta do autor. Vício na vontade da contratação. Ré que não apresentou nenhum documento idôneo acerca da regularidade da contratação do consórcio. Ausência de contrato escrito e assinado pelo autor. Operação não reconhecida pelo cliente. Teoria do Risco do Negócio. Dever de segurança do serviço. Instituição financeira que, ao disponibilizar contratação via pinpad, assume o ônus de zelar por seu regular funcionamento. Demonstrada falha de segurança na prestação do serviço pela ré que não se acautela ao não exigir a assinatura física, mas, em seu lugar, a informação de proposta assinada eletronicamente pelo cliente. Responsabilidade de na-

Acesso ao Sumário

tureza objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC. Ônus do banco de provar a culpa exclusiva da vítima. Prova não produzida. Valores indevidamente descontados. Devolução em dobro. Observação do quanto decidido pelo e. STJ no EAREsp n. 676608/RS, com as modulações do que foi decidido nos Embargos de Divergência em Agravo no mesmo REsp. n. 676608/RS. Em outros termos, haverá repetição dobrada do indébito somente após a data de publicação do acórdão, qual seja, 30 de março de 2021. Dano moral configurado in re ipsa. "Quantum" indenizatório no importe de R$ 6.000,00, com aplicação da correção monetária da publicação deste acórdão (Súmula 362 do E. STJ) e juros moratórios do evento danoso (Súmula 54 do STJ), mostra-se adequado conforme circunstâncias demonstradas. Valor fixado com prudência e razoabilidade. Reforma da sentença para condenação da ré à indenização dobrada da quantia indevidamente descontada conforme modulação e em danos morais. Sucumbência integral da ré. Recurso do autor provido e recurso da ré não provido.

VOTO

Recursos em sede de apelação cíveis que objetivam a reforma da respeitável sentença de fls. 133/136, que, em ação declaratória c.c. indenização por dano moral e material c.c. repetição do indébito, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar inexistente o contrato entre as partes, condenar a ré ao pagamento do dobro da quantia descontada indevidamente, desde o ajuizamento da demanda, e acrescida de juros moratórios desde a citação.

Em razão da sucumbência recíproca, determinou-se a partilha das custas e despesas processuais.

Condenou-se a ré, ainda, ao pagamento de honorários de sucumbência ao autor, no percentual de 20% do valor da condenação, nos termos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil e o autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor ré, no total de 10% sobre o pedido em que sucumbiu (dano moral – R$ 18.180,00), ressalvados os benefícios da assistência judiciária gratuita.

As partes apelam.

O autor, fls. 139/144, sustenta que lhe são devidos danos morais *in re ipsa*, no importe de R$ 18.180,00, porquanto comprovada a ilicitude da cobrança e o prejuízo dela advindo dos descontos indevidos em seu salário, o que im-

Acesso ao Sumário

portou na violação de sua honra, com inclusão do prestígio pessoal e do renome profissional.

Requer a reforma da sentença de primeira instância, para condenação da apelada em indenização por danos morais, no valor de R$ 18.180,00.

A ré, fls. 148/159, suscita preliminar de falta de interesse de agir, ante a ausência de pretensão resistida, já que o autor não comprovou a busca de prévio contato administrativo para solução de seu problema.

No mérito, alega regularidade da transação, ante a ausência de falha na prestação do serviço, uma vez que houve contratação de consórcio na estação administrativa do gerente, em 05/01/2021, na agência da ré, mediante autenticação por senha, equiparada à assinatura digital, conforme avençado pelas partes e perfeitamente válida, nos termos do artigo 425, V, do CPC, o que presume a anuência do correntista titular.

Afirma validade dos documentos sistêmicos apresentados, de modo que a tela sistêmica comprova operações e registros eletrônicos, nos termos do art. 329 e seguintes do CPC e, portanto, não poderia ter sido ignorada pela sentença.

Destaca a anuência da parte apelada quanto à contratação, ante a inclusão do pagamento do consórcio em débito automático, efetivado por meses.

Ressalta que o apelado não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC.

Em razão do princípio da eventualidade, impugna a existência dos danos morais, a repetição do indébito em dobro, por ausência de má-fé. Discorre sobre a necessidade de adequação do termo inicial para atualização monetária de valores para que a correção monetária e os juros de mora incidam da decisão que os fixar e a redução da verba sucumbencial.

Pugna pelo integral provimento da apelação, para reformar a sentença para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Autor (fls. 165/169) e ré (fls. 173/181) apresentaram contrarrazões. A ré suscitou preliminar de não observância ao princípio da dialeticidade.

Os recursos são tempestivos e foram recebidos em seus regulares efeitos.

É o relatório.

De início, não merece acolhimento a preliminar arguida pela ré de falta de interesse de agir em decorrência de ausência de pretensão resistida, ante a inocorrência de prévio contato administrativo.

Isso porque a falta de prévia tentativa de solução extrajudicial não afasta o interesse processual, uma vez que não se pode condicionar o acesso à justiça à necessidade de exaurimento da via administrativa, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Não há necessidade de prévio requerimento administrativo para demandar em juízo o direito questionado. Precedentes." (AgRg no AREsp 147.678/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em02/05/2013).

"É pacífica a jurisprudência desta Corte de que o esgotamento da instância administrativa não é condição para o ingresso na via judicial." (AgRg no AREsp 217.998/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012).

Outro não é o entendimento desta E. Corte:

"Ação Declaratória C/C Indenizatória Extinção Do Processo, Sem Resolução Do Mérito. Sentença de extinção do processo, com fulcro no artigo 485, VI, do CPC, por falta de interesse de agir do autor, em razão da ausência de prévia notificação extrajudicial à ré Inadmissibilidade. Não se trata de exibição de documentos, na qual é exigido prévio pedido administrativo, mas de ação declaratória visando à inexigibilidade de débito apontado nos cadastros de restrição ao crédito, cumulada com pedido de indenização por dano moral. Desnecessidade de prévio requerimento administrativo, como pressuposto ao ajuizamento da ação, por falta de previsão legal. Decreto de extinção do processo afastado, para prosseguimento do feito. Recurso Provido" (Apelação Cível nº 1027805-38.2019.8.26.0100, E. 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Plinio Novaes de Andrade Júnior, j. em 26/02/2021).

"Ação Declaratória De Inexigibilidade De Débito C.C. Indenização Por Danos Morais – Alegado desconhecimento do contrato que gerou a negativação do nome do autor – Sentença que julgou extinta a demanda, de plano, por falta de interesse de agir, ante a inexistência prévia dos meios administrativos, por parte do autor, com o intuito de tentar solucionar o problema – Desnecessidade dessa providência – Medida rigorosa e indevida, que não se justifica – Direito disponível da parte em buscar a prévia medida administrativa ou, diretamente, a medida judicial – Garantia constitucional do acesso à justiça que deve prevalecer – Interesse processual demonstrado – Sentença anulada, determinando-se o regular prosseguimento da ação – RECURSO PROVIDO." (Apelação Cível nº 1003354-82.2020.8.26.0400, E. 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. em 26/01/2021).

"Telefonia. Declaratória de inexigibilidade de débito com reparação de danos materiais. Extinção do feito sem resolução do mérito. Apelo somente da autora. Ausência de pedido administrativo. Oportunidade conferida à parte para promover tentativa de conciliação por meio do portal do consumidor. Recusa da parte demandante em cumprir a determinação judicial. Conciliação que não pode ser imposta às partes. Decisão anulada. Dá-se provimento ao apelo da acionante, para anular a sentença, com o regular prosseguimento do feito."

Acesso ao Sumário

(Apelação Cível nº 1070714-98.2019.8.26.0002, E. 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Campos Petroni, j. em 20/08/2020).

Assim, a petição inicial preenche os requisitos do artigo 319 do CPC, vez que por sua narrativa e documentos juntados nos autos é possível verificar o interesse de agir do autor.

Também, de rigor o afastamento da preliminar de inépcia recursal suscitada pela ré em contrarrazões, ante o reconhecimento de que o autor atendeu ao princípio da dialeticidade e impugnou os fundamentos da respeitável sentença, que é o que trata o artigo 1.010, do CPC, apontando as questões de fato e de direito que levam a considerar que a sentença hostilizada deve ser modificada.

Cuida-se de ação declaratória c.c. indenização por dano moral e material c.c. repetição do indébito, em que o autor alegou desconhecer o contrato de consórcio de veículo firmado com a ré, originário de quantias indevidas em parcelas de R$ 207,49 descontadas automaticamente e sem autorização no valor total de R$ 1.291,48, de sua conta salário n. 19186-1, aberta em 08/2020.

Considerada a negativa da ré, pleiteou, incidentalmente, a exibição de documentos, nos termos do art. 396 e seguintes do Código de Processo Civil.

Requereu a declaração de inexistência do contrato, a repetição, em dobro, do débito no valor de R$ 2.582,96 e indenização por dano moral de R$ 18.180,00.

A ré, por sua vez, alegou ausência de pretensão resistida, pois não fora procurada antes do ajuizamento da ação pelo réu e inexistência de protocolo ou de registro de contato prévio do autor.

Aduziu que a conta do autor não se trata de conta salário, mas de conta corrente, haja vista a contratação de produtos e serviços quando de sua abertura, em 24/07/2020.

Observou que o autor não trouxe nenhum documento comprobatório de suas alegações, conforme art. 373, I, do CPC.

Sustentou que a contratação ocorreu mediante pinpad, na mesa do gerente, no dia 05/01/2021, sem indício de irregularidade, de fraude ou falha na prestação dos serviços. Apresentou link e QR code com vídeo explicativo de como ocorre a contratação de consórcio via contrato assinado por meio de pinpad – senha pessoal.

Acesso ao Sumário

Asseverou a impossibilidade de desconhecimento da contratação, porquanto entregue ao autor o contrato de adesão em relação ao produto ofertado, forma de pagamento em conta, contemplação e como se proceder em caso de desistência/exclusão do consorciado.

Assevera que o autor indicou como forma de pagamento débito em sua conta, de modo que impossível ele não ter reparado na ocorrência de descontos

por 06 meses.

Impugnou a existência de danos material e moral.

Requereu a improcedência dos pedidos.

A magistrada julgou os pedidos parcialmente procedentes para declarar inexistente o contrato e condenar a ré à restituição da quantia descontada indevidamente, em dobro.

Autor apela para condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, enquanto a ré pretende a reforma da sentença para julgamento de improcedência total dos pedidos.

Saliente-se, de início, que a relação estabelecida aqui é de consumo, motivo pelo qual a lide deve ser analisada sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

A controvérsia submetida à análise desta Turma Julgadora consiste em verificar a validade do contrato de consórcio firmado entre as partes.

Anota-se que a relação entre as partes é de consumo.

Desse modo, aplica-se a inversão do ônus da prova, de acordo com o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez considerada a hipossuficiência do autor e a verossimilhança das suas alegações, segundo sua prova mesmo.

Com essa premissa acima, extrai-se que a ré não trouxe qualquer prova capaz de rebater integralmente as alegações do autor.

E cabia àquela, entretanto, provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito (art. 373, "caput", II, do CPC).

Disso não se desincumbiu. Juntou *prints* de telas sistêmicas e fotos dos seguintes documentos, todos sem assinatura do autor: pesquisa de CPF/CNPJ, em que consta abertura da conta individual n. 19186-1, em 24/07/2020 (fl. 80); informações de consórcio e proposta de participação em consórcio assinada eletronicamente em 05/01/2021 (fls. 81/90); dados gerais do consórcio (fls. 91/94); situação do consorciado em 23/02/2022 (fls. 95/96); extratos de controle de atraso (fls. 97/101); informativo sobre o consórcio Itaú (fls. 102/117).

Realmente, não há nos autos nenhum documento idôneo a demonstrar a regularidade do empréstimo para desconto em folha de pagamento.

Se o autor questiona a natureza do desconto, isto leva à origem da relação e o conjunto probatório existente milita em favor da fraude na realização da operação, que gerou descontos indevidos em sua conta corrente.

Inexistentes, portanto, elementos que permitam se convencer do contrário do tanto quanto narrado na petição inicial, segundo a qual o autor não compareceu à agência e não contratou consórcio.

Ademais, no caso, não há lógica que o autor com salário módico de, apro-

Acesso ao Sumário

ximadamente, R$ 1.274,00 reais, iria contratar um consórcio de veículo no valor de R$ 15.206,00 com pagamento em 100 parcelas mensais.

E neste plano fático do afirmado, o ônus de provar circunstâncias excludentes de sua responsabilidade era naturalmente da própria requerida, não só por força da inversão prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, mas, também, pela evidente impossibilidade de o autor fazer prova negativa.

Isto é, demonstrar que não compareceu à agência e que não efetuou contrato de consórcio.

Por outro lado, a prova que incumbia à ré era tarefa simples, bastando-lhe trazer para os autos a exibição das imagens internas das câmeras de segurança da agência em que realizado o contrato de consórcio.

A postura de não exibir as imagens e outras provas que circundam a natureza da controvérsia fere o procedimento de colaboração idealizado por nossa legislação processual.

Observa-se, ainda, que, em relação à alegada pactuação realizada na mesa do gerente da agência por meio do pinpad, o próprio vídeo explicativo da jornada da contratação de consórcio trazido em contestação (fl. 35) demonstra a falha de segurança na prestação do serviço pela ré que não se acautelara ao não exigir a assinatura física, mas, em seu lugar, a informação de proposta assinada eletronicamente pelo cliente.

Uma vez caracterizada a falha na prestação dos serviços de contratação de consórcio, injustificável a pretensão da ré em se eximir do fato ilícito, mesmo se praticado por terceiro, pois tal ocorrência não afasta a sua responsabilidade pelos danos provocados ao autor, em razão da Teoria do Risco da Atividade.

Conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho ("Programa de Direito do Consumidor", 3ª edição, Editora Atlas, 2011, pág. 287), em sede de responsabilidade civil, vige o risco do empreendimento, conforme suas palavras:

"Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comerciar produtos ou executar determinados serviços".

Sob este prisma, e ainda por se tratar de relação de consumo, não resta dúvida que o vício do serviço enseja a responsabilização da apelada ré, de modo objetivo, sendo indiferente, portanto, a existência ou não de culpa.

A controvérsia dos autos revela patente fortuito interno, decorrente do risco do negócio desempenhado pelo banco.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, corrobora o entendimento a Súmula nº 479 do C. STJ: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

Por oportuno, confira-se o entendimento deste e. Tribunal, em caso semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL – Consórcio de bem imóvel – Ação anulatória de contrato bancário e repetição de indébito – Sentença de procedência – Inconformismo da ré – 1. Alegação de vício de vontade na contratação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras. Inversão do ônus da prova segundo o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva da instituição financeira, nos termos da Súmula nº 479 do C. Superior Tribunal de Justiça. Não comprovação da contratação. Ônus que incumbia à instituição financeira. Hipótese em que a contratação teria se realizado na mesa do gerente, contudo, sem qualquer sinal da presença física da cliente, tampouco assinatura no contrato formulado – 2. Falha na segurança interna do banco caracterizada. Invalidade do contrato verificada. Restituição das partes ao "status quo ante". Devolução imediata dos valores descontados da conta da apelada – Sentença mantida – Recurso não provido". (TJSP, Apelação Cível 1001983-59.2020.8.26.0020, Relator (a) Daniela Menegatti Milano, 19ª Câmara de Direito Privado, Julg. em 13/09/2021).

Portanto, a ré tem mesmo o dever de devolver os valores descontados indevidamente da conta do autor.

No que diz à repetição do indébito, formulo compreensão de que se deve observar o quanto decidido pelo E. STJ no EAREsp nº676608/RS, com as modulações do que foi decidido nos Embargos de Divergência em Agravo no mesmo REsp. nº 676608/RS. Em outros termos, haverá repetição dobrada do indébito somente após a data de publicação do acórdão, qual seja, 30 de março de 2021.

E para que não se perca o que foi decidido pelo E. STJ no EAREsp n 676608/RS, contrato de produto cobrado, mas que não foi contratado em relação de consumo, a restituição deverá ser em dobro dos valores pagos indevidamente (orientação do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor), independe da motivação do agente que fez a cobrança, sendo suficiente conduta contrária à boa-fé objetiva.

Assim sendo, a repetição do indébito deve ser simples sobre o que se descontou até 30 de março de 2021, autorizada a repetição dobrada desde então.

Superada a questão acerca do inequívoco dever de indenizar pelos danos materiais, é de se notar que também houve danos morais compensáveis.

É incontornável que a postura da instituição financeira, de descontar mensalmente valor indevido da conta do autor, com invasão de sua privacidade

Acesso ao Sumário

em que há reserva e sigilo, gerou desconforto que extrapola o mero aborrecimento para qualquer pessoa.

No caso concreto o direito da personalidade do autor é atingido, notadamente, por conta do expressivo valor da parcela em relação ao salário do autor, o que compromete o mínimo existencial para sua sobrevivência. Como é sabido, os danos morais atuam *in re ipsa*, sendo desnecessária a produção de prova a respeito.

Em relação ao *quantum debeatur*, na ausência de parâmetros legais objetivos, fica ao julgador a difícil tarefa de quantificar o abalo gerado por condutas ilícitas, e a doutrina e jurisprudência acabaram por estabelecer critérios que auxiliam na apuração de um valor razoável e proporcional, sendo de rigor considerar a extensão do dano, grau de culpa do ofensor e qualidade das partes para que se atinja um valor condizente com o abalo vivenciado.

Neste ponto, consideradas as particularidades do caso concreto, tem-se que o arbitramento do valor da indenização por danos morais em R$ 6.000,00, se mostra razoável e proporcional aos fatos narrados na inicial. Logo, permanece mantido.

À vista destas considerações, reforma-se a sentença para condenar a ré em repetir quantia indevidamente descontada, conforme modulação destacada (simples e em dobro), e ao pagamento de danos morais no importe de R$ 6.000,00 com aplicação da correção monetária da publicação deste acórdão (Súmula 362 do E. STJ) e juros moratórios do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Em face da sucumbência que passa a ser exclusiva da ré, as custas processuais deverão ser pagas por ela, bem como os honorários do advogado do autor, que fixo em 20% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Ante o exposto, por meu voto, dá-se provimento ao recurso do autor e nega-se provimento ao recurso da ré.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002866-81.2022.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante/apelado BANCO SAFRA S/A, é apelado/apelante GUILHERME GOMES DE ASSUMPÇÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.554)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Sentença de parcial procedência. Apelo de ambas as partes. Veículo do autor apreendido em ação movida pelo credor fiduciário. Dano material referente ao estado de devolução do veículo não comprovado. Ausência de demonstração da falta do catalisador, bem como de sua efetiva aquisição e instalação. Demais itens constantes da nota fiscal da oficina mecânica, cuja substituição decorre do desgaste natural do veículo, que se encontra com mais de 98.000 Km. Autor que declarou receber o veículo no mesmo estado em que foi apreendido. Mantida a indenização por dano material com relação às despesas de viagem de Uber durante o período de atraso na restituição do bem apreendido. Inexistência de equívoco no valor fixado pela r. sentença nessa parte. Dano moral caracterizado. Atraso na restituição do bem, depois da quitação da dívida pelo devedor fiduciante. Acordo que previu a restituição do bem em quarenta e oito horas. Descumprimento do prazo pelo réu, que restituiu o bem somente após determinação judicial sob pena de multa. Além disso, o autor mora em Araraquara e foi instruído pelo réu para retirar o veículo em Guarulhos, em 26/01/2022, o que não ocorreu, em razão da falta de comunicação entre o réu e o pátio. Assim, caraterizado o descaso do réu em relação à restituição do bem, privando o autor e sua família da utilização do veículo, mesmo já estando quitado o financiamento, bem como instruindo-o de forma equivocada durante o procedimento de restituição. Aplicável à espécie a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Precedentes deste E. TJSP e do C. STJ. Quantum indenizatório fixado em R$ 8.000,00, de acordo com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se o enriquecimento sem causa, bem assim com

Acesso ao Sumário

critérios educativos e sancionatórios, desestimulando novas práticas lesivas. Pretensão de redução desacolhida. Sentença mantida. Verba honorária aumentada. Apelos desprovidos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos em razão da r. sentença (fls. 237/241) proferida nos autos da ação ajuizada por Guilherme Gomes de Assumpção, em face de Banco Safra S/A, *"para condenar o réu ao pagamento, em favor do autor, da importância de R$130,62 (cento e trinta reais e sessenta e dois centavos), a título de indenização por danos materiais, atualizada desde cada desembolso (fls.30/40), bem como a quantia de R$8.000,00 (oito mil reais), a título de danos morais, atualizada monetariamente desde a data desta sentença, ambas acrescidas dos juros de mora legais de 1% ao mês, a contar da citação"*. Em razão da sucumbência recíproca, determinou a repartição das custas e despesas processuais em iguais proporções entre as partes, condenando cada uma delas ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, fixados em 15% do valor da condenação.

Inconformado, apela o réu, alegando, em síntese, que: em nenhum momento houve falha na prestação de serviços; o autor confessa que estava em mora contratual; a apreensão do bem foi realizada de maneira totalmente legal; a devolução do bem foi realizada em prazo totalmente razoável e em perfeitas condições; não há que se falar em condenação por danos morais; subsidiariamente, o valor da indenização comportaria redução (fls. 244/250).

O autor também apela, sustentando, em resumo, que: é necessária a aplicação da inversão do ônus da prova; o veículo foi restituído com diversas avarias; o documento de fls. 42 demonstra que o veículo havia passado por revisão antes da apreensão; o veículo objeto de busca e apreensão deveria ser restituído no mesmo estado em que se encontrava anteriormente; a declaração de fls. 146 está eivada de vícios, pois o autor teve de assiná-la para que pudesse receber de volta o veículo; seria impossível constatar a ausência do catalisador, diante da necessidade de desmontagem de algumas peças; deve ser ressarcido dos valores gastos com Uber desde 26/01/2022 até 17/02/2022, no montante de 197,13 (fls. 253/262).

Recursos tempestivos, preparado somente o do réu (fls. 251/252), por ser o autor beneficiário da gratuidade de justiça (fls. 167) e objeto de contrarrazões, nas quais ambas as partes veiculam preliminar de não conhecimento do apelo da parte adversa, por ofensa ao princípio da dialeticidade (fls. 266/273 e 274/281).

Não houve oposição à realização do julgamento virtual (Resolução

Acesso ao Sumário

nº 549/2011 do Órgão Especial deste Tribunal, alterada pela Resolução nº 772/2017).

É o relatório.

De início, ficam rejeitadas as preliminares de não conhecimento dos apelos, veiculadas nas contrarrazões de ambas as partes, porquanto arguidas com fundamento genérico, sem atentar ao conteúdo das razões recursais.

Visto isso, passa-se ao exame dos apelos, em conjunto.

O veículo do autor foi apreendido pela ré em 15/12/2021, conforme auto de busca e apreensão preenchido e assinado pelo Oficial de Justiça nos autos do processo nº 1013474-75.2021.8.26.0037, que declarou estar o veículo em bom estado de conservação, com 98.444 Km (fls. 46).

Não se pode olvidar que o Oficial de Justiça faz um exame superficial do estado geral do veículo, de modo que da sua declaração não se pode aferir a existência ou falta do catalisador naquela ocasião.

De outra parte, o documento fornecido pela oficina mecânica de confiança do autor apenas declara a ausência do catalisador (fls. 42), não tendo sido comprovada por meio de fotografia, nem foi demonstrada a sua efetiva aquisição e instalação.

O documento de fls. 43 consiste em cópia de uma tela sistêmica, apenas com a informação sobre o preço da peça, não servindo para comprovar o gasto com a sua aquisição.

Por sua vez, na nota fiscal emitida pela oficina mecânica, consta apenas os serviços de cilindro mestre, óleo de freio, bateria e mão de obra (fls. 44).

Não há referência ao catalisador na nota fiscal e itens nela mencionados, por falta de maiores especificações, estão relacionados ao desgaste natural do veículo, conforme destacado pela r. sentença.

Ademais, o autor firmou declaração de ter sido o bem restituído nas mesmas condições em que foi apreendido (fls. 146).

Portanto, em relação aos danos materiais, somente a restituição das despesas com transporte de Uber encontra respaldo nos autos.

A r. sentença fixou corretamente o termo inicial para ressarcimento daquelas despesas, a partir de 26/01/2022 até 17/02/2022, não sendo verificado o equívoco alegado pelo autor em relação ao valor da condenação nessa parte.

Relativamente ao dano moral, verifica-se que pelo acordo celebrado entre as partes, em 24/01/2022, nos autos do processo de busca e apreensão mencionado, o réu se comprometeu a restituir o veículo ao autor no prazo de quarenta e oito horas (fls. 110/113).

No entanto a restituição do veículo ocorreu somente em 17/02/2022 (fls. 146), depois de aquele r. Juízo estabelecer o prazo de três dias para cumprimen-

Acesso ao Sumário

to, sob pena de multa (fls. 141).

Além disso, o autor mora em Araraquara e foi instruído pelo réu a retirar o veículo em Guarulhos, em 26/01/2022, o que não ocorreu, em razão da falta de comunicação entre o réu e o pátio.

Assim, caraterizado o descaso do réu em relação à restituição do bem, privando o autor e sua família da utilização do veículo, mesmo já estando quitado o financiamento, bem como instruindo-o de forma equivocada durante o procedimento de restituição.

Dessa forma, o pleito indenizatório encontra respaldo na aplicabilidade à espécie da teoria do "Desvio Produtivo do Consumidor", pela qual se sustenta que o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução dos problemas causados pelos maus fornecedores gera dano indenizável, teoria esta, que tem sido acolhida pela jurisprudência deste E. TJSP. Confira-se:

> *"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VÍCIO DO PRODUTO – Máquina de lavar – Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar esforços físicos – Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas – Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo fornecedor – Nítida ocorrência do "Venire contra factum proprium" – Fixação de cláusula penal – Dano material que não se confunde com o dano moral – Tempo demasiado sem o uso do referido produto – Desídia e falta de respeito para com o consumidor – Tempo perdido do consumidor para tentativa de solução do infortúnio, que acarreta dano indenizável – Inteligência da tese do Desvio Produtivo do Consumidor. Danos morais Configurados – Afronta à dignidade da pessoa humana – Caso dos autos que não se confunde com um "mero aborrecimento" do cotidiano – Indenização fixada em R$5.000,00 (cinco mil reais). Sentença de improcedência reformada. Recurso provido".*
>
> (Apelação Cível 0007852-15.2010.8.26.0038, Rel. Fábio Podestá, 5ª Câmara de Direito Privado, 13/11/2013)
>
> *"Seguro. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. A cobrança reiterada de prêmios relativos a contrato de seguro cancelado, mediante débito automático em conta corrente do autor, dá ensejo à repetição em dobro do indébito, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC. O requerente investiu tempo e diligências excessivos tentando conseguir que a seguradora cessasse os descontos na via administrativa, sem sucesso, vendo-se compelido a buscar intervenção judicial unicamente pela negligência e descaso da requerida, o que justifica a*

Acesso ao Sumário

imposição de indenização por dano moral. Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Precedentes do Col. STJ e desta E. Corte. Indenização fixada em R$ 10.000,00, quantia compatível com as circunstâncias do caso e com as finalidades da condenação. Recurso provido".

(Apelação Cível 1008987-09.2016.8.26.0079, Rel. Gomes Varjão, 34ª Câmara de Direito Privado, J. 11/03/2019)

"Consumidor e processual. Ação declaratória de inexistência e inexigibilidade de dívida cumulada com indenização por danos morais julgada procedente. Pretensão da ré à anulação ou à reforma. Tese de cerceamento de defesa que deve ser rejeitada. Como destinatário da prova, pode o magistrado indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Prova documental que, à luz das alegações das partes, basta à solução da controvérsia. Incidência do artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Falta de interesse processual reconhecida no tocante ao pedido declaratório, uma vez que antes da propositura da demanda a ré já havia informado que resolvera cancelar a cobrança. Indenização por danos morais que é devida, porquanto aplicável ao caso concreto a teoria do desvio produtivo do consumidor. Manutenção do quantum indenizatório (R$ 5.000,00), uma vez que razoável e adequado ao caso concreto. RECURSO PROVIDO EM PARTE".

(Apelação Cível 1015747-82.2017.8.26.0161, Rel. Mourão Neto, 27ª Câmara de Direito Privado, J. 31/01/2019)

"SEGURO PRESTAMISTA – Incapacidade física temporária por acidente – Fato gerador – Obrigação de amortização no valor de três parcelas do financiamento – Instituição financeira com quem foi celebrado o contrato de financiamento beneficiária do seguro – Noticiado o inadimplemento do apelado, sem informação sobre o pagamento das parcelas por ele – Ausente obrigação de pagamento de quantia ao apelado – Reforma da sentença nessa parte – Danos morais caracterizados – Fatos que extrapolam a normalidade de descumprimento contratual – Indenização devida também pelo desvio produtivo do consumidor – Fixação de indenização – Razoabilidade. Apelação parcialmente provida".

(Apelação Cível 1000501-16.2018.8.26.0483, Rel. Sá Moreira de Oliveira, 33ª Câmara de Direito Privado, J. 11/12/2018)

"Ação declaratória de inexistência de relação jurídica com pleito cumulado de indenização por dano moral. Aquisição de eletrodoméstico. Lojista que envia dois produtos no lugar de um. Inocorrência de ofensa a direito da personalidade ou de quadro que autorizasse indenização a título de dano moral para fins punitivos ou à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor. Recurso da ré provido".

Acesso ao Sumário

(Apelação Cível 1023408-95.2017.8.26.0005, Rel. Arantes Theodoro, 36ª Câmara de Direito Privado, J. 29/11/2018)

No mesmo sentido, o entendimento do C. STJ:

"RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA.

1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. (...)

9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. (...)"

(REsp 1737412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019)

Presente o dano moral, *"impõe-se sua quantificação, a qual terá por parâmetros a extensão do dano, as condições econômicas das partes, a intensidade da culpa e o caráter sancionador dessa indenização"* (TJSP, Apelação nº 9000601-72.2009.8.26.0506, Relator Hamid Bdine, j. 20.08.2014).

Na fixação do valor da indenização por dano moral, o magistrado deve valer-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, previstos na Constituição Federal, mas sem propiciar o enriquecimento ilícito da vítima e com fulcro nas especificidades de cada caso.

Nesse sentido, convém destacar o seguinte julgado:

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. A quantificação da compensação derivada de dano moral deve levar em consideração o grau da culpa e a capacidade contributiva do ofensor, a extensão do

Acesso ao Sumário

dano suportado pela vítima e a sua participação no fato, de tal sorte a constituir em um valor que sirva de bálsamo para a honra ofendida e de punição ao ofensor, desestimulando-o e a terceiros a ter comportamento idêntico. No caso dos autos, o valor da indenização deve ser mantido." (TJSP. Apelação n. 0003986-60.2012.8.26.0577, Rel. Des. Paulo Ayrosa, J. 29.10.2013).

Considerando-se, pois, a extensão do dano e levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, mostrou-se razoável a fixação do valor de R$ 8.000,00, a título de indenização por danos morais, capaz de compensar os contratempos experimentados pelo autor, não merecendo acolhida a pretendida redução pelo réu.

Destarte, fica mantida a r. sentença.

Em observância ao disposto no artigo 85, §§ 2º e 11 do CPC, elevo o valor dos honorários advocatícios, pertencentes aos advogados das partes, de 15% para 17% sobre o valor da condenação, observada a gratuidade de Justiça concedida ao autor.

Ante o exposto, **nego provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005963-79.2021.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante UNIFISA ADMINISTRADORA NACIONAL DE CONSÓRCIOS LTDA, é apelada JOSIANE FELIX PINHEIRO.

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 41.866)**

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

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO – Admissível o oferecimento de embargos de terceiro pelo adquirente de veículo, fundados em alegação de posse e/ou propriedade de veículo, ainda que não realizada a transferência de titularidade junto ao Detran – Nos

Acesso ao Sumário

embargos de terceiro lastreados em alegação de aquisição de bens ou direitos alcançados indevidamente por constrição judicial, o embargante tem o ônus da prova da legitimidade de sua posse ou propriedade alegadas, nos termos do art. 373, I, do CPC/2015 (correspondente ao art. 333, I, do CPC/1973) – Parte embargante apelada produziu prova idônea de que adquiriu, em 12.03.2020, o veículo objeto da presente ação, em data anterior ao bloqueio, que ocorreu em 08.07.2020 – Transferência da posse e do domínio de bem móvel ocorre pela simples tradição – Havendo prova idônea da aquisição de veículo pela parte embargante em data anterior à constrição judicial, de rigor, a manutenção da r. sentença, que julgou procedentes os embargos de terceiro, "para determinar a liberação do bloqueio ocorrido nos Autos nº 1003633-22.2015.8.26.0278 e, em consequência, suspender, definitivamente, as medidas constritivas sobre o veículo objeto da lide".

SUCUMBÊNCIA – Como a parte apelante embargada insistiu na manutenção da constrição, uma vez que contestou os embargos de terceiro, deve arcar com os encargos de sucumbência, inclusive a verba honorária fixada pela r. sentença apelada, por aplicação do princípio da causalidade conforme tese firmada por ocasião do Tema 872 – REsp 1452840/SP (sistemática dos recurso repetitivos), o que afasta a incidência da Súmula 303/STJ ao caso dos autos – Mantida a r. sentença, na parte em que condenou a parte embargada ao pagamento dos encargos de sucumbência, por aplicação do princípio da causalidade, uma vez que ofereceu contestação aos embargos de terceiro. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 459/461, acrescenta-se que os embargos de terceiro foram julgados nos seguintes termos: "Ante o exposto, resolvo o mérito, art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil e JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido para determinar a liberação do bloqueio ocorrido nos Autos

nº 1003633-22.2015.8.26.0278 e, em consequência, suspender, definitivamente, as medidas constritivas sobre o veículo objeto da lide. Ainda, CONDENO o embargado nas custas, despesas processuais e a pagar honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, consoante disposto no artigo 85 § 2º, do Código de Processo Civil, devidamente atualizado, pela Tabela Prática do TJSP, até efetivo adimplemento".

Apelação da parte embargada (fls. 464/472), sustentando que: (a) "o bloqueio requerido na demanda judicial ocorreu antes da efetiva transferência de titularidade do veículo junto ao órgão de trânsito"; (b) "a ora recorrente foi cautelosa ao pleitear o bloqueio sobre bem que efetivamente era de propriedade do seu devedor"; (c) "o bloqueio ocorreu em julho/20, época em que não havia qualquer resolução do CONTRAN a respeito de alteração de prazos"; (d) "se optou a adquirente por retardar a transferência da titularidade, obviamente assumiu o risco"; (e) a cédula de crédito bancário não é suficiente para demonstrar a aquisição do bem antes do bloqueio, vez que não atinge terceiros estranhos a referido negócio jurídico; (f) a embargante não é terceira de boa-fé; e (g) a embargada não pode ser condenada a arcar com os encargos de sucumbência, vez que não deu causa à constrição.

O recurso foi processado, com resposta da parte embargante (fls. 479/480), insistindo na manutenção da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão recursal da parte embargada é que o recurso seja provido e a r. sentença reformada, para que os embargos de terceiro sejam julgados improcedentes, mantendo-se a constrição, com inversão do ônus da sucumbência, pelo princípio da causalidade.

2. Mantém-se a r. sentença.

2.1. Admissível o oferecimento de embargos de terceiro pelo adquirente de veículo, fundados em alegação de posse e/ou propriedade de veículo, ainda que não realizada a transferência de titularidade junto ao Detran.

Nesse sentido, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO. TRADIÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRADIÇÃO QUE NÃO ALTERA O JULGADO. NÃO PROVIMENTO. 1. **"O fato de não ter sido realizada a transferência de propriedade do automóvel autuado junto ao DETRAN não obsta que a prova da alienação se faça por outros meios"** (REsp 599620/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 17.05.2004). 2. Concluído pelas instâncias ordinárias que o executado não era mais proprietário do veículo sobre o qual recaiu a penhora e que sua alienação não importou em fraude, o reexame da questão encontra o

Acesso ao Sumário

óbice de que trata o enunciado n. 7, da Súmula. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 658606/MG, rel. Maria Isabel Gallotti, j. 14/08/2012, DJe 28/08/2012, o destaque não consta do original).

2.2. Nos embargos de terceiro lastreados em alegação de aquisição de bens ou direitos alcançados indevidamente por constrição judicial, o embargante tem o ônus da prova da legitimidade de sua posse ou propriedade alegadas, nos termos do art. 373, I, do CPC/2015 (correspondente ao art. 333, I, do CPC/1973).

Nesse sentido, a orientação dos julgados extraídos dos sites: (a) do Eg. STJ: "RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PENHORA. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. 1 – **Ao terceiro adquirente de boa-fé é facultado o uso dos embargos de terceiro para defesa da posse.** Não havendo registro da constrição judicial, o ônus da prova de que o terceiro tinha conhecimento da demanda ou do gravame transfere-se para o credor. A boa-fé neste caso (ausência do registro) presume-se e merece ser prestigiada. 2 – Recurso especial conhecido e provido" (4ª T, REsp 493914/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.04.2008, DJe 05.05.2008, RSSTJ vol. 33 p. 403 e RSSTJ vol. 367 p. 403, o destaque não consta do original); e **(b)** deste Eg. Tribunal de Justiça: **(b.1)** "Embargos de terceiro. Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais, em fase executiva. **Penhora de veículo que estava na posse do réu-executado, causador do acidente. Embargos de terceiro opostos pelo suposto proprietário do veículo, irmão do réu. Embargos julgados improcedentes.** Apelação do embargante. Preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa. Julgamento antecipado de rigor. Art. 130 do CPC. Inexistência de afronta aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Preliminar rejeitada. Renovação dos argumentos anteriores. **Alegação de que o veículo estava temporariamente com o réu-executado, irmão dele apelante. Irrelevância. Não comprovada a propriedade ou a posse do veículo pelo embargante. Transferência da posse e do domínio de bem móvel que ocorre pela simples tradição. Ausência de prova a corroborar as assertivas do embargante. Ônus da prova de quem alega (art. 333, I, do CPC). Apelante que não se desincumbiu desse mister. Sentença mantida.** Recurso improvido, com observação." (32ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0007447-40.2011.8.26.0168, rel. Des. Francisco Occhiuto Júnior, v.u., j. 14/11/2013, o destaque não consta do original); e **(b.2)** "EMBARGOS DE TERCEIRO – **Execução – Penhora de bens móveis – não comprovação da posse ou propriedade –** ônus da prova da embargante **– Embargos improcedentes – Sentença mantida – Recurso Desprovido."** (13ª Câmara de Direito Privado, Apelação 9064047-93.2001.8.26.0000, rel. Des. Irineu Fava, v.u., j. 22/08/2007, o destaque não consta do original).

2.3. Os presentes embargos de terceiro objetivam o levantamento da cons-

Acesso ao Sumário

trição que recai sobre o veículo TOYOTA HILUX CD4X4, placa NXX6H09, nos autos da ação de execução nº 1003633-22.2015.8.26.0278, ajuizada por Unifisa Administradora Nacional de Consórcios Ltda, ora embargada, contra o devedor Ronaldo Vlademir Ferreira, sob a alegação de que o referido veículo foi objeto de compra e venda entre a embargante apelada e o devedor em 12.03.2020.

2.4. Na espécie, a parte embargante apelada produziu prova idônea de que adquiriu, em 12.03.2020, o veículo objeto da presente ação, em data anterior ao bloqueio, que ocorreu em 08.07.2020.

Isto porque: **(a)** a parte embargante produziu prova da aquisição do veículo objeto da ação, em 12.03.2020, conforme se infere da Cédula de Crédito Bancário de fls. 18/29, que revela que a embargante financiou o valor do veículo junto à BV Financeira S/A e deu referido bem como garantia do negócio; **(b)** na mesma data de 12.03.2020, foi firmada "proposta de adesão seguro auto RCF" pela parte embargante, tendo como objeto segurado o veículo em discussão, com data de vigência de 12.03.2020 a 12.03.2021 (fls. 23); **(c)** a transferência da posse e do domínio de bem móvel ocorre pela simples tradição; **(d)** não houve qualquer desídia da parte embargante, vez que, em razão da pandemia de Covid-19, foi interrompido o prazo para realizar a transferência de propriedade de veículo adquirido desde 19.02.2020, junto ao órgão de trânsito, caso dos autos, nos termos da Resolução 782/2020, do Contran (fls. 450/452); e **(e)** não restou demonstrada má-fé da parte embargante na aquisição do veículo, ônus que era da parte embargada (art. 373, II, do CPC/2015); e **(f)** a inclusão da restrição veicular pelo Sistema Renajud ocorreu em 08.07.2020 (fls. 288), após a aquisição do veículo pela parte embargante.

Quanto a essas questões, ausente argumento hábil da parte embargada apelante para demonstrar o desacerto do r. ato judicial recorrido e, para evitar inútil tautologia e como autoriza o art. 252, do RITJ, adota-se a fundamentação da r. sentença recorrida, muito bem lançada, pelo MM Juiz de Direito, Dr. Antenor da Silva Cápua, como razão de decidir e que se transcreve:

> "(...) E, no mérito, o pedido é procedente.
>
> Os embargos de terceiro são o procedimento que assegura ao terceiro de boa-fé, que não participou de negócio subjacente, a defesa da posse, ou da posse e da propriedade do bem apreendido judicialmente, para vê-lo excluído do arresto, da penhora, depósito, sequestro, alienação judicial, arrolamento, inventário, partilha ou da arrecadação que lhe for imposta injustamente. São manejáveis por senhor e possuidor e até mesmo apenas por possuidor (art. 1.046, § 1°). Requisitos dessa medida, portanto, são o direito ou a posse do terceiro a justificar a exclusão dos bens da medida executiva.

Acesso ao Sumário

Em outros termos, os embargos de terceiro "não se confundem com a ação de oposição, porque com eles não se visa a exclusão do direito sobre o qual controvertem autos e réu, mas apenas livrar o bem de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi imposta" (JTA-CivSP 104/105).

Na hipótese, a embargante comprovou ter adquirido o veículo objeto da penhora, pela Cédula de Crédito Bancário juntada às páginas 18/29, pela qual se verifica que no dia 12/03/2020 a autora adquiriu, mediante o pagamento de R$ 43.000,00 a título de entrada e 24 prestações de R$ 1.732,99, o veículo descrito na inicial.

Insta notar que a Resolução CONTRAN n.º 805/2020, nos artigos 11 e 12, concedeu prazo aos adquirentes de veículos entre 19 de fevereiro de 2020 e 30 de novembro de 2020 para efetivação da transferência até 31 de dezembro de 2020.

A autora, como visto, adquiriu o veículo em março/2020, portanto poderia efetivar a transferência até 31/12/2020.

O bloqueio judicial ocorreu quando o prazo para regularização da transferência ainda estava suspenso. Portanto, não houve desídia da parte embargante.

Ainda que assim não fosse, a embargante comprovou, pela CDC juntada, que adquiriu o veículo antes do bloqueio, em março/2020, sendo certo que a aquisição do bem ocorre com a tradição, conforme art. 1.226, do Código Civil.

Assim, realizada a compra e venda antes da inclusão de bloqueio sobre o veículo, é de rigor a determinação de liberação da restrição de transferência e penhora e de qualquer outra constrição sobre o automóvel.

Outrossim, não se vislumbra o consilium fraudis entre a embargante e o executado, o que a caracteriza como adquirente de boa-fé".

Observa-se que: **(a)** nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça que estabelece: **"Nos recursos, em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quanto, suficientemente motivada, houver de mantê-la"**; e **(b) "**É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum.**"** (STJ-2ª Turma, REsp 662272/RS, rel. Min, João Otávio de Noronha, v.u., j. 04/09/2007, DJ 27/09/2007 p. 248, o destaque não consta do original).

Acesso ao Sumário

Em sendo assim, havendo prova idônea da aquisição de veículo pela parte embargante em data anterior à constrição judicial, de rigor, a manutenção da r.

sentença, que julgou procedentes os embargos de terceiro, "para determinar a liberação do bloqueio ocorrido nos Autos nº 1003633-22.2015.8.26.0278 e, em consequência, suspender, definitivamente, as medidas constritivas sobre o veículo objeto da lide".

3. Mantém-se a r. sentença, na parte em que condenou a parte embargada ao pagamento dos encargos de sucumbência, por aplicação do princípio da causalidade, uma vez que ofereceu contestação aos embargos de terceiro.

3.1. Isso porque a parte embargada, embora insista que a constrição ocorreu em virtude da inércia da parte embargante, apresentou contestação (fls. 412/418) arguindo que: (a) "não há que se falar no levantamento da penhora tendo em vista que até o momento, o automóvel MARCA/MODELO: I/TOYOTA HILUX CD4X4 – PLACA: NXX6H09 – COR PRATA, consta como propriedade do executado"; e (b) "a embargada pleiteia pela manutenção da penhora sobre o bem supracitado, sendo mantida a restrição do referido bem e pugna pelo não acolhimento dos embargos ofertados".

Como a parte apelante embargada insistiu na manutenção da constrição, uma vez que contestou os embargos de terceiro, deve arcar com os encargos de sucumbência, inclusive a verba honorária fixada pela r. sentença apelada, por **aplicação do princípio da causalidade conforme tese firmada por ocasião do Tema 872 – REsp 1452840/SP (sistemática dos recurso repetitivos), o que afasta a incidência da Súmula 303/STJ ao caso dos autos.**

Nesse sentido, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) – EMBARGOS DE TERCEIRO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO EMBARGADO. 1. A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. Dessa forma, à míngua de qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973. 2. A revisão do aresto impugnado no sentido pretendido pela recorrente exigira derruir a convicção formada nas instâncias ordinárias sobre a comprovação dos fatos alegados na inicial e, ainda, quanto à ausência de má-fé na apresentação tardia de documentos. Essas medidas não são possíveis pela via estreita do recurso especial, conforme o enunciado da Súmula 7/STJ **3. Conforme o enunciado nº 84 da Súmula do STJ: "**É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro**". 3.1. A reforma do acórdão exigiria ilidir a convicção a respeito da suficiência das provas contidas nos autos, o que é incabível em sede de recurso especial, ao teor da Súmula 7/STJ. 4. Conforme a tese firmada por ocasião do julgamento do tema 872 (sistemática dos recursos repetitivos): Nos Embargos de Terceiro cujo**

Acesso ao Sumário

pedido foi acolhido para desconstituir a constrição judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro (REsp 1452840/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 05/10/2016). Precedentes da Quarta Turma. 5. Agravo regimental desprovido." (STJ-4ª Turma, AgRg no AREsp 170873/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17/08/2017, DJe 28/08/2017, o destaque não consta do original).

3.2. Destarte, como a parte embargada apresentou contestação, com pedido de julgamento de improcedência dos embargos de terceiro, restou configurada a resistência da parte embargada ao pedido formulado pela parte embargante.

Como, na espécie, a parte embargada restou vencida, de rigor a sua condenação ao pagamento dos encargos de sucumbência à parte vencedora, por aplicação do princípio da causalidade.

Neste sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: "DECISÃO 1. Cuida-se de recurso especial fundado no art. 105, III, 'a', da Constituição Federal e interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim ementado: CIVIL – PROCESSO CIVIL – PENHORA SOBRE BEM IMÓVEL – PROPRIEDADE – TRANSFERÊNCIA NÃO EFETUADA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO – ALEGADA FRAUDE À EXECUÇÃO – NÃO CONFIGURAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – UNÂNIME. (...) Nas razões do especial, o recorrente aponta violação do art. 20 do CPC, a fim de que sejam afastados os honorários advocatícios, pois não tinha como saber da compra e venda do imóvel, objeto da ação cautelar de arresto, que não fora devidamente registrada. (...) É o relatório. Decido. 2. Não merece acolhida a pretensão recursal. **Neste caso, apesar de a recorrida não ter providenciado o registro da promessa de compra e venda do imóvel objeto, o recorrente, mesmo após a ciência da alienação do referido imóvel, impugnou os embargos de terceiros oferecidos e, não se conformando com a sentença que liberou o imóvel, interpôs apelação, reiterando a improcedência dos embargos. Desse modo, é cabível a sua condenação aos ônus sucumbenciais, pois ficou vencido na demanda. É nesse sentido o entendimento desta Corte,** conforme demonstram os seguintes julgados: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EMBARGOS DE TERCEIRO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE CONSTRIÇÃO INDEVIDA RESISTÊNCIA AOS EMBARGOS INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 303/STJ. 1. **"Não se aplica a Súmula n° 303 da Corte naqueles casos em que o exeqüente enfrenta as impugna-**

Acesso ao Sumário

ções do terceiro embargante, desafiando o próprio mérito dos embargos." (REsp 777.393/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 19.10.2005, DJ 12.6.2006.) 2. In casu, conforme consignado no acórdão recorrido, houve nítida impugnação e resistência aos embargos de terceiro, razão pela qual é devido honorários pela Fazenda Pública. Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 960.848/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 25/08/2009); LOCAÇÃO E PROCESSUAL CIVIL. PENHORA DE BEM IMÓVEL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. EMBARGOS DE TERCEIRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIOS DA CAUSALIDADE E DA SUCUMBÊNCIA. RESISTÊNCIA AOS EMBARGOS. RESPONSABILIDADE DO EXEQÜENTE/EMBARGADO PELOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NE REFORMATIO IN PEJUS. 1. Não deve ser aplicado o comando 303 do Superior Tribunal de Justiça quando o Embargado/Exeqüente, impugnando os termos dos embargos de terceiro, resiste-lhe aos argumentos, investindo contra o próprio mérito daquele incidente, sendo de rigor, nesses casos, que a sucumbência incluindo-se, por óbvio, a verba honorária seja arcada pelo vencido na demanda. 2. Atendendo ao princípio da ne reformatio in pejus, mantenho incólume o acórdão recorrido, que entendeu não ser cabível, na espécie, o arbitramento da verba honorária para qualquer das partes. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no Ag 1.020.961/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13/10/2008); PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, II E III, E 535, II, DO CPC. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CONSTRITO POSTERIORMENTE NÃO REGISTRADO. RESISTÊNCIA À PRETENSÃO MERITÓRIA DEDUZIDA NA INICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. 1. Não há omissão no julgado quando todas as questões postas em debate foram analisadas pelo Tribunal a quo. Tampouco há violação do art. 458, II e III, do CPC, quando o julgado é composto de todos os seus requisitos essenciais. Não se deve confundir fundamentação sucinta ou contrária aos interesses da parte com fundamentação inexistente. 2. O acórdão recorrido adotou tese em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de afastar a aplicação da Súmula 303 do STJ, quando o embargado opõe resistência às pretensões meritórias do terceiro embargante, atraindo a aplicação do princípio da sucumbência. 3. Precedentes: REsp 805.415/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 12.05.2008; REsp 935.289/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 30.08.2007; AgRg no REsp 827.791/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 17.08.2007. 4. **Na espécie, apesar de os embargantes não terem providenciado o registro do contrato de promessa de compra e venda do imóvel objeto da constrição, o embargado deverá arcar com os honorários advocatícios, pois ao opor resistência à pretensão**

Acesso ao Sumário

meritória deduzida na inicial, atraiu para si a aplicação do princípio da sucumbência ao ser vencido na demanda. 5. Recurso especial não-provido (REsp 680.576/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 22/08/2008); PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. EMBARGOS DE TERCEIROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. **1. Em nome do princípio da causalidade, cabe ao exeqüente que indevidamente promove a penhora de bem de terceiro a responsabilidade pelo pagamento dos ônus sucumbenciais resultantes do julgamento dos embargos de terceiro. 2. Mostra-se viável a fixação da verba honorária quando configurada pretensão resistida em embargos de terceiro, ou seja, quando a ação for contestada pelo credor embargado.** 3. Recurso especial provido (REsp 627.168/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 19.03.2007). 3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial." REsp 890422/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, data da publicação 06/12/2010, o destaque não consta do original).

4. Desprovido o recurso, em razão da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majora-se de 10% para 20% o percentual da condenação da verba honorária imposta à parte apelante, por se mostrar adequado ao caso dos autos.

5. Em resumo, o recurso deve ser desprovido, com majoração da verba honorária, em razão da sucumbência recursal, nos termos supra especificados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012798-84.2021.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante NEUDIR ZULIAN, são apelados MARÍLIO SUZIGAN e CEULI APARECIDA DE OLIVEIRA SUZIGAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.111)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), MONTE SERRAT e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – TEMPESTIVIDADE – LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA AQUISIÇÃO DO BEM.

– Inexistindo prova expressa do conhecimento do embargante acerca da existência da demanda na qual o bem foi adjudicado, o prazo para a oposição dos embargos de terceiro deve se iniciar na data em que houver a turbação da posse, sendo, assim, tempestivos os embargos opostos antes da expedição de mandado de imissão na posse.

– A esposa do embargante não está obrigada a integrar o polo ativo, já que ninguém pode ser obrigado a litigar contra sua vontade, bem como, porque não figurava no contrato como adquirente do imóvel. Além disso, não estava o marido (embargante) impedido de fazê-lo sozinho, o que deve ser tido como feito em proveito da própria esposa.

– À míngua da existência de provas concretas de que o bem tenha sido adquirido pelo embargante, dada a ausência de adoção das cautelas de praxe (contrato não registrado e sem firma reconhecida) e, não podendo ser inferido do conjunto probatório amealhados que a aludida compra do imóvel ocorreu na data mencionada no instrumento (ausência de comprovante de pagamento, de existência de recursos para aquisição do bem em espécie e de demonstração de inclusão do bem em declaração de imposto de renda), não há como reconhecer a boa-fé do embargante, devendo ser julgado improcedentes os embargos de terceiro.

RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls. 251/252, cujo relatório se adota, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, ante o reconhecimento da falta de interesse processual na modalidade adequação. Por consequência, condenou a parte embargante aos ressarcimentos das custas e despesas processuais eventualmente suportada pela parte adversa, corrigida desde o desembolso pela

Acesso ao Sumário

tabela deste E. Tribunal, bem como ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, revogando a decisão de fls. 146.

Entendeu o i. Magistrado *a quo*, que os embargos de terceiros foram interpostos intempestivamente, vez que a defesa da posse da embargante foi veiculada por via inadequada. Asseverou que a carta de adjudicação do bem imóvel foi assinada aos 27.02.2020, tendo os presentes embargos sido aforados tão somente no ano de 2021. Observou que nos termos do artigo 675, do CPC, os embargos de terceiro podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até cinco dias depois da adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta, prazo esse que não foi respeitado pelo embargante, concluindo ser esta a via inadequada para a defesa de sua posse e o desfazimento da adjudicação perfeita e acabada.

Irresignado, o embargante apelou.

Aduziu, em suma, que a r. decisão deveria ser reformada ao argumento de que estava na posse do imóvel desde a data da realização do negócio jurídico (março/17), inexistindo qualquer restrição sobre o bem naquela época. Afirmou que, por imprudência, deixou de transferir para si o bem, sempre estando na posse do imóvel, sendo, assim, terceiro de boa-fé. Asseverou que a constrição judicial somente ocorreu em 27.09.17, ou seja, 7 meses após a aquisição do bem, tendo somente se inteirado da situação quando os embargados encaminharam notificação, dando conta de que eram os atuais proprietários do imóvel. No mais, alegou que a medida judicial adotada tinha por escopo a ameaça de turbação ou esbulho do bem, sua posse e propriedade, em face da averbação da adjudicação ocorrida em 02.09.21. Ressaltou a possibilidade de oposição de embargos de terceiro, nos termos da Súmula 84 do C STJ, ressaltando que o termo inicial para a oposição dos embargos é a data da efetiva turbação ou esbulho, mas exige como requisito para a flexibilização do art. 675 do CPC – segundo o qual sua propositura deve ocorrer até cinco depois da adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta – que o terceiro embargante não tenha tido ciência da Execução. Além disso, pugnou pelo acolhimento dos embargos de terceiro.

Acesso ao Sumário

Processado o apelo, fora apresentada contrarrazões, oportunidade em que o réu alegou que a r. sentença não restou devidamente impugnada.

É a síntese do necessário.

O recurso não comporta acolhimento.

Isto porque, respeitado o entendimento exarado pelo R. Juízo *a quo*, este E. Tribunal de Justiça tem entendido que o termo inicial para a contagem do prazo contido no art. 675 do CPC, para oposição dos embargos de terceiro, somente

se inicia a partir do momento em que houve a efetiva turbação da posse, o que se dá com a imissão do arrematante na posse do bem.

Referida situação se coaduna perfeitamente à dos autos, em que o adjudicante ainda não foi imitido na posse do imóvel, portanto, o embargante não sofreu efetiva turbação na posse, não tendo se iniciado o computo do prazo de cinco dias para tanto.

Assim, embora o apelante tenha tido ciência da adjudicação quando do recebimento da notificação encartada às fls. 26/27, ou seja, em 14.09.21, e opostos os embargos de terceiros em 22.11.21, referido lapso temporal entre as duas datas não há de ser considerado para a verificação da tempestividade dos embargos, mas sim, como dito, a data da imissão na posse.

Observe-se dos autos da ação de execução que apenas foi expedida a carta de adjudicação (vide fls. 1133/1135 do processo nº 1008006-34.2014.8.26.0019), sendo que nada fora deliberado acerca da imissão na posse, razão pela qual, tempestivo os embargos de terceiro.

Acerca dessa temática, como dito, este E. Tribunal de Justiça tem decidido que:

> *RECURSO DE APELAÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIROS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. PRAZO PARA PROPOSITURA. O prazo para a propositura dos embargos de terceiro previsto no antigo art. 1.048 do Código de Processo Civil – repetido no art. 675 – deve ser interpretado sistematicamente, de modo que não é possível partir da arrematação se o possuidor não foi intimado da constrição. Prazo que se inicia com a turbação da posse. Precedentes. 2 COMPROVAÇÃO DE POSSE. Possibilidade de opor embargos de terceiro fundados em alegação de posse proveniente de escritura pública de compromisso de compra e venda. Aplicação da Súmula 84 do STJ. Posse restou caracterizada nos autos. 3. Sentença reformada Recurso provido (TJSP; Apelação Cível 1000706-90.2016.8.26.0426; Relator (a): Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Patrocínio Paulista – Vara Única; Data do Julgamento: 21/09/2017; Data de Registro: 22/09/2017)*
>
> *APELAÇÃO EMBARGOS DE TERCEIRO – Os embargos de terceiro foram recebidos e julgados como ação ordinária e, quanto a este aspecto, não se insurgiu o apelante Ainda que assim não fosse, os embargos foram opostos tempestivamente, pois não tendo o terceiro ciência da execução, excepciona-se o disposto no art. 1.048 do CPC e o prazo de 5 dias tem início com a efetiva turbação na posse Precedentes. – Não tendo o apelante se insurgido contra os fundamentos da sentença recorrida, limitando-se a repetir os mesmos argumentos expostos na impugnação apresentada, fica clara a violação aos incisos dos artigos 514 e 515, ambos do*

Acesso ao Sumário

Código de Processo Civil, e ao axioma tantum devolutum quantum appellatum. Recurso não provido na parte conhecida. (TJSP; Apelação Cível 0001896-35.2010.8.26.0291; Relator (a): Marino Neto; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaboticabal – 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 15/12/2014; Data de Registro: 15/12/2014)

Embargos de terceiro. Sentença. Intempestividade. Feito julgado extinto, com resolução do mérito. Apelo dos embargantes. Defendem o manejo de embargos de terceiro quando da imissão da posse pelo arrematante. Tese acolhida. Precedentes. Intempestividade afastada. Possuidores de boa fé. A ausência de registro imobiliário não é capaz de afastar o direito dos embargantes. Jurisprudência. Desconstituição da penhora dos bens. Possibilidade. Apoio em escritura definitiva. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0004856-92.2008.8.26.0368; Relator (a): Virgilio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Alto – 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 17/09/2012; Data de Registro: 01/10/2012)

Tal entendimento, aliás, não se aparta daquele adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em casos análogos:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. 1. EMBARGOS DE TERCEIRO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, os embargos de terceiro devem ser opostos até o quinto dia após a arrematação e antes de assinada a carta, se o terceiro tinha conhecimento da execução. Caso contrário, o prazo tem início a partir da efetiva turbação da posse que se dá com a imissão do arrematante na posse do bem. Precedentes.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem constatou que a ora agravada adquiriu o imóvel objeto de penhora antes do ajuizamento da execução e até mesmo da emissão do título executado, não havendo, portanto, fraude à execução e tampouco intempestividade. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1504959/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016)

Portanto, inexistindo prova concreto do conhecimento do embargante acerca da existência da demanda na qual o bem foi adjudicado, o prazo para a oposição dos embargos de terceiro deve se iniciar na data em que houver a turbação da posse, sendo, assim, tempestivos os embargos opostos antes da expedição de mandado de imissão na posse.

No mais, afasta-se a tese de litisconsórcio necessário, na medida em que, conforme se verifica do instrumento particular de compra e venda acostado ao processo (fls. 15/18), o comprador do bem é o ora embargante e não sua esposa.

Acesso ao Sumário

Ademais, a esposa do embargante não está obrigada a integrar o polo ativo, já que ninguém pode ser obrigado a litigar contra sua vontade. Além disso, não estava o marido (embargante) impedido de fazê-lo sozinho, o que deve ser tido como feito em proveito da própria esposa.

Sobre o tema, já decidiu este E. Tribunal que:

"EMBARGOS DE TERCEIRO – Falta de outorga para a propositura da ação – Omissão que não acarreta a nulidade do processo – Hipótese, ademais, em que o art. 10 do CPC não determina a formação de litisconsórcio ativo necessário, mas apenas o consentimento para a ação – Omissão que deve ser alegada pelo cônjuge prejudicado – Ausência de prejuízo, já que a ação foi movida para proteção do patrimônio comum (...). (TJ/SP Ap. n.º 9138578-82.2003.8.26.0000 – 23ª Câmara de Direito Privado Rel. J. B. Franco de Godoi D.J. 24/06/2009)

Portanto, fica rechaçada a preliminar suscitada pelo embargado nesse particular.

Por outro lado, em que pese as questões preliminares suscitadas pelos embargados não possam ser acolhidas, no mérito, plausível o acolhimento da defesa apresentada, na medida em que não se verifica a verossimilhança acerca do quanto alegado pelo embargante no que toca à aquisição do imóvel objeto da adjudicação.

Note-se que, ainda que inexistisse qualquer constrição lançada na matrícula do imóvel quando da celebração do aludido negócio jurídico (03.03.17 – instrumento de fls. 15/18), se encontrava em tramitação cerca de quatro ações judiciais envolvendo os vendedores do bem, situação essa que deveria ter chamado a atenção do comprador (1008006-34.2014.8.26.0019, 1004185-85.2015.8.26.0019, 1001688-98.2015.8.26.0019, 0001695-91.2010.8.26.0019).

Tais demandas estão contidas no documento de fls. 172/173, sendo possível destacar que apenas a última delas não mais se encontrava em andamento em 03.03.17, situação por si só que deveria chamar a atenção do embargante.

Ademais, causa espécie o fato de o embargante alegar que adquiriu o imóvel em março/17, mais que deixou de transferir o bem para si quando, pois, além de existirem as ditas as ações contra os vendedores do imóvel em curso, não teve o cuidado de autenticar as firmas apostas no documento, o que serviria para demonstrar o momento em que o negócio jurídico foi entabulado, cuidado esse que seria inerente à alegação de que teria realizado o pagamento da quantia de R$ 150.000,00 em espécie (vide cláusula quarta do instrumento – fls. 16).

Neste contexto, não se pode olvidar que inexiste prova de titularidade dos recursos que teriam sido utilizados para pagamento, nem de que o adquirente do imóvel passou a fazer constar tal bem em suas declarações de ajuste anual para fins de imposto de renda, como forma de demonstrar que o imóvel efetivamente

Acesso ao Sumário

tinha passado a integrar o seu patrimônio.

Da mesma forma, embora existam nos autos diversos comprovantes de faturas de consumo, a mais antiga era aquela com vencimento em **agosto/18** pela empresa de fornecimento de energia elétrica CELESC (vide fls. 117), a qual, **coincidentemente**, foi paga no mesmo dia em que proferido o despacho determinando a penhora do bem (vide R-3 – 33885 – **14.08.17** – fls. 23).

Por fim, paira dúvida, também, acerca da existência do contrato de locação de fls. 126/130, por meio do qual o embargante teria locado o bem a terceiro em abril/17, quer porque as firmas apostas no instrumento também não foram reconhecidas em Cartório, quer porque não há qualquer prova de recebimento de valores a título de locativo, prova essa efetivamente possível, vez que a cláusula III do instrumento previa o pagamento por boleto bancário, nota promissória, cheque pré-datado ou depósito na conta corrente fornecida (vide fls. 126).

Daí porque, à míngua da existência de provas concretas de que o bem tenha sido adquirido pelo embargante, dada a ausência de adoção das cautelas de praxe (contrato não registrado e sem firma reconhecida) e, não podendo ser inferido do conjunto probatório amealhados que a aludida compra do imóvel ocorreu na data mencionada no instrumento (ausência de comprovante de pagamento, de existência de recursos para aquisição do bem em espécie e de demonstração de inclusão do bem em declaração de imposto de renda), não há como reconhecer a boa-fé do embargante, devendo ser julgado improcedente os embargos de terceiro.

Mais, creio seja desnecessário.

Destarte, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Por consequência, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 12% do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1000923-40.2020.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelada/apelante VANIA REGINA FERRARESE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.175)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JONIZE

SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 4 de novembro de 2022.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. Desconto indevido em conta corrente. Sentença de procedência em parte, para declarar a inexigibilidade do débito e condenar a parte ré a restituir, de forma dobrada, o valor descontado indevidamente, afastando o pleito indenizatório. Irresignação de ambas as partes. Cabimento em parte de ambas as insurgências. Parte ré que não demonstrou a regularidade do desconto realizado na conta corrente da parte autora, ônus que lhe competia. Desconto indevido. Inexigibilidade do débito corretamente reconhecida. Devolução, porém, que deve ocorrer de forma simples, e não em dobro, por ausência de má-fé. Incidência dos juros de mora corretamente fixada, a partir da data da citação, tendo em vista a existência de relação contratual entre as partes. Indenização por danos morais corretamente afastada. Parte autora que sofreu desconto que não foi suficiente para prejudicar sua subsistência. Ausente cobrança vexatória ou inclusão do nome da parte autora em cadastros restritivos. Mero aborrecimento. Inexistente o alegado dano moral na espécie. Indenização incabível. Valor arbitrado a título de honorários, no importe de 10% da condenação, que não remunera adequadamente o trabalho desenvolvido pelo Patrono da parte autora, notadamente porque o valor da condenação e do proveito econômico são ínfimos. Majoração da verba honorária para o montante de 20% sobre o valor da causa que melhor atende ao determinado pelo artigo 85, §§ 2º e 11, do CPC/15. Recursos parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por ambas as partes contra a r. sentença que julgou procedente em parte ação de declaratória c/c indenização por danos materiais e morais, para: *"(i) DECLARAR a inexistência de*

Acesso ao Sumário

débitos no nome da parte autora, notadamente com relação aos serviços do banco requerido, ressalvada a hipótese de eventual contratação posterior aos fatos narrados na presente demanda; (ii) CONDENAR a requerida ao ressarcimento em dobro da quantia debitada indevidamente, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP, a contar do desconto, e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.". Em relação aos ônus de sucumbência, decidiu-se, na mesma oportunidade, que: *"Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao rateio das custas e despesas processuais, corrigidas do desembolso, bem como em honorários advocatícios ao patrono da parte oposta, que arbitro em 10% do valor da condenação, com base no art. 85, § 2º, c/c art. 86, caput, do Código de Processo Civil, observada a concessão da Justiça Gratuita concedida à autora"*.

A parte ré, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) não é cabível a inversão do ônus da prova no caso em exame; 2) não houve falha na prestação do serviço; 3) não há que se falar em responsabilidade objetiva; 4) cumpriu o que restou decidido nos autos do processo 1000470-84.2016.8.26.0541; 5) não consta em seu sistema qualquer débito em nome da parte 'ex adversa'; 6) a devolução de valores é incabível, seja de forma simples, seja de forma dobrada; 7) agiu no exercício regular de direito, inexistindo, ademais, ato ilícito 'in casu'; 8) é incabível a restituição de valores.

A parte autora, por sua vez, alega, em suma, que: 1) caracterizou-se dano moral 'in re ipsa', de modo que a parte ré deve ser condenada ao pagamento de indenização, no importe de R$10.000,00; 2) os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual; 3) a verba honorária deve ser majorada para o importe de 20% sobre o valor da causa.

Ambas as partes ofereceram resposta.

É o relatório.

A parte autora afirma que, em 29 de março de 2018, a ré debitou indevidamente de sua conta o valor de R$906,66.

A parte ré, por sua vez, alega que o sistema eletrônico de inadimplência não revelou qualquer dívida em nome da parte requerente. Alega, contudo, que agiu no exercício regular de direito.

Nesse contexto, conforme bem ressaltado pelo d. Juízo de origem, *"o art. 373, caput, do Código de Processo Civil, dispõe que cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao requerido o ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. A higidez do contrato é fato impeditivo do direito da parte autora, motivo pelo qual cabe à parte requerida comprovar tais fatos. Contudo, a ré não logrou êxito em comprovar a legalidade do desconto, porquanto não acostou aos autos qualquer instrumento contratual. Pelo contrário, em contestação, mencionou*

que autora não possui qualquer dívida (fl. 54). Em contrapartida, a requerente bem evidenciou a incidência do desconto, conforme se verifica através do extrato de fl. 30, bem como do conteúdo da petição de fls. 26/27" **(fls.130).**

Na medida em que não foi comprovada a regularidade do desconto em conta corrente, era mesmo cabível a declaração de inexigibilidade dos valores descontados e a condenação da parte ré à respectiva devolução.

Tal devolução, porém, deve ocorrer de forma simples, e não em dobro, diversamente do que constou na r. sentença.

Não se mostra aplicável, 'in casu', a sanção prevista no artigo 940 do Código Civil de 2002, que preceitua que *"aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição"*.

De fato, a incidência de tal penalidade pressupõe que (i) tenha havido o pagamento e (ii) má-fé ou dolo do credor.

Assim, a repetição em dobro do indevido somente será aplicável, consoante entendimento firmado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, quando tal cobrança for realizada de má-fé por parte do credor:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃOAPLICAÇÃO DO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃOPROVIDO. [...] 1. O artigo 940 do Código Civil estabelece penalidade contra aquele que demanda dívida já paga, por deliberada má-fé, a qual não se confunde com a indenização por danos morais, pois não está limitada à previsão do aludido artigo. [...] **(AgRg no Ag 1028574/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 11/12/2008)**

No caso em tela, não restou comprovada a má-fé da parte ré, constituindo apenas falha na prestação de serviços, sendo devida a devolução do valor descontado indevidamente da conta corrente da parte autora, porém, de forma simples.

Os juros de mora devem incidir a partir da data da citação, tendo em vista a existência de relação contratual entre as partes, não sendo aplicável ao caso, por conseguinte, a Súmula 54 do C. STJ.

A ocorrência do dano extrapatrimonial não restou demonstrada na hipótese em exame.

Acesso ao Sumário

Embora o débito descrito na inicial tenha sido declarado inexigível, essa circunstância, por si só, não dá ensejo à pretendida indenização.

A ocorrência do dano moral deveria restar suficientemente caracterizada, mas isto não se verifica 'in casu', não estando configurada hipótese que implique abalo psicológico em razão dos fatos narrados.

O simples fato de ter sido necessário o ajuizamento da ação para que a controvérsia fosse definitivamente resolvida não é fundamento, como se sabe, para a formulação de pedido indenizatório. Caso contrário, teríamos que entender que todas as demandas judiciais deveriam ser cumuladas com pedido indenizatório por 'danos morais', o que, por óbvio, não se sustenta.

Eventuais contatos com a parte contrária realizados previamente para tentar resolver a questão de maneira amigável implicam mero aborrecimento, comum à vida moderna, não podendo, pois, ser alçado à categoria de dano à personalidade.

Cumpre notar, ainda, que a parte autora não sofreu desconto expressivo considerado o valor que recebe mensalmente. Tal desconto, portanto, não a deixou sem recursos para sua subsistência, conforme comprovam os documentos acostados à inicial.

Confira-se a jurisprudência desta C. Câmara em casos semelhantes:

1012735-77.2016.8.26.0005

Classe/Assunto: Apelação Cível / Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 05/07/2018

Data de publicação: 11/07/2018

Ementa: AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Alegação de cobrança de seguro residencial na conta corrente do consumidor sem contratação prévia. Sentença de procedência parcial, condenando a parte ré a restituir os valores e a indenizar a parte autora por dano moral. Recurso da parte ré. Cabimento em parte. Renovação do seguro que só poderia ocorrer mediante cláusula contratual expressa, cuja existência não foi comprovada pela parte requerida. Restituição dos valores descontados corretamente determinada na origem. Descontos indevidos na conta bancária que tinham pequeno valor, não prejudicando a subsistência da parte autora, sendo certo que a instituição financeira cancelou o contrato logo após a solicitação do consumidor. Mero aborrecimento. Alegado dano moral inexistente na espécie. Sucumbência recíproca caracterizada. Honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa, ressalvada a gratuidade da parte autora. Recurso parcialmente provido.

1015115-85.2019.8.26.0161

Classe/Assunto: Apelação Cível / Bancários

Acesso ao Sumário

Relator(a): Walter Barone

Comarca: Diadema

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 23/07/2020

Data de publicação: 23/07/2020

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. Descontos indevidos. Sentença de procedência parcial, declarando a inexigibilidade do contrato nº 805200479 bem como dos descontos efetuados a título de gasto com cartão de crédito e seguro prestamista, diretamente na conta da parte autora, condenando o banco réu à restituição dos valores descontados a tais títulos, além do pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$7.000,00. Irresignação da parte ré. Cabimento em parte. Contratação do empréstimo nº 804804623 expressamente admitida pela parte autora. Instrumento contratual que previu o depósito de valores na mesma conta bancária indicada no contrato impugnado, que também consta do extrato emitido pelo INSS. Instrumento contratual que conta com assinatura inequivocamente similar àquela aposta no documento pessoal da parte autora e na procuração. Regularidade da contratação do empréstimo nº 805200479 comprovada. Inexigibilidade afastada. Não restou demonstrada, por outro lado, origem dos descontos efetuados sob a rubrica de "GASTO C CREDITO" e "SEG PRESTAMISTA", mantendo-se sua inexigibilidade bem como a condenação à restituição dos respectivos valores, de forma simples. Juros de mora incidentes a partir da citação. Art. 405 do CC. Descontos indevidos, ocasionando privação de valores pela parte autora. Inexistência de má-fé da parte ré. Nome da parte autora que não chegou a ser negativado. Parte autora que sofreu descontos de pequeno valor em sua conta corrente, que não a deixaram, porém, sem recursos para sua subsistência, conforme comprovam os documentos acostados à inicial. Mero aborrecimento. Inexistente o alegado dano moral na espécie. Indenização a tal título afastada. Procedência parcial da ação mantida. Ônus de sucumbência integralmente carreados à parte autora, diante da sucumbência mínima da parte ré, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC. Honorários advocatícios fixados em 12% do valor da causa, já considerados os recursais, observada a gratuidade processual. Recurso provido em parte.

Evidente que a parte autora se aborreceu com o episódio, mas o mero dissabor, o aborrecimento, a mágoa, a irritação ou a sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do dia a dia, quer no trabalho, no trânsito, em relações negociais, entre amigos e até mesmo no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Nesse sentido: *"A dor indenizável é exclusivamente aquela que afeta sobremaneira a vítima, que atinge sua esfera legítima de afeição, que agride seus valores, que a humilha, expõe, fere, causando danos, na maior parte das vezes, irreparável, devendo a indenização ser fixada apenas como forma de aplacar a dor"* (AgRg no RE 387.014-9-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, RT 829/129); *"Os*

Acesso ao Sumário

danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido" (REsp n. 628854/ES, rel. Min. Castro Filho, j. 3-5-2007).

Destarte, era mesmo de rigor o afastamento do pleito de indenização por danos morais.

Por outro lado, o valor fixado a título de honorários advocatícios mostra-se insuficiente à justa e digna remuneração do Patrono que atuou no feito, devendo, pois, ser majorado.

De acordo com as circunstâncias dos fatos, em que (i) não houve a necessidade de produção de outras provas, além das documentais, (ii) foram poucos os atos processuais praticados, e (iii) a causa não apresenta grande complexidade, mostra-se adequado o valor de 20% sobre o valor da causa, ora arbitrado, corrigido a partir da publicação deste V. Acórdão, já considerados os recursais, observado, ademais, que o valor da condenação e do proveito econômico são ínfimos e, por esse motivo, não devem ser aplicados.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso da parte ré e **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao apelo da parte autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1065313-81.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FECAP FUNDAÇÃO ESCOLA DE COMÉRCIO ÁLVARES PENTEADO, são apelados GABRIELA MARANGON BARREIROS (JUSTIÇA GRATUITA), LAILA VITÓRIA SANTOS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), LUCIANA DE MORAES CAMARGO (JUSTIÇA GRATUITA), RAQUEL ALVES PAIVA (JUSTIÇA GRATUITA) e THAINA LORONHA ALVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.659)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Ação revisional de contrato julgada parcialmente procedente – Prestação de serviços de ensino superior – Pedido de revisão contratual – Fundamento: impossibilidade de aulas presenciais em virtude da pandemia – Disciplina imposta pelos governos no controle da crise sanitária – Continuidade do curso – Mera alteração de ensino presencial para ensino à distância (EAD) – Descabimento de revisão do valor das mensalidades – Não noticiados fatos e argumentos aptos à redução pretendida – Onerosidade excessiva não caracterizada – Precedentes desta Câmara e julgamento da ADPF nº(s) 706 e nº 713 – Sucumbência invertida – Recurso provido.

VOTO

1:– Trata-se de ação revisional de contrato cumulada com obrigação de fazer. Adota-se o relatório da r. sentença, *in verbis: "Vistos. GABRIELA MARANGON BARREIROS, LAILA VITÓRIA SANTOS DA SILVA, LUCIANA DE MORAES CAMARGO, RAQUEL ALVES PAIVA e THAINA LORONHA ALVES ajuizaram AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA em face de FECAP FUNDAÇÃO ESCOLA DE COMÉRCIO ÁLVARES PENTEADO, alegando, na inicial (fls. 01/24), em apertada síntese, que são alunas do curso de graduação da Ré, na modalidade presencial, e que sempre se mantiveram com as mensalidades devidamente adimplidas. Todavia, sustentam que, com a pandemia do Covid-19, as aulas passaram a ser ministradas na modalidade de Ensino à Distância, sem que, porém, houvesse abatimento proporcional em suas mensalidades. Afirmam desequilíbrio contratual, vez que a Ré teria obtido diminuição dos custos operacionais, e necessidade de revisão do contrato de ensino, vez que o acordado se tornou excessivamente oneroso às Autoras. Aduzem a aplicabilidade da legislação consumerista e a inversão do ônus probandi. Pelo exposto, requereram, em sede de tutela provisória antecipada, seja concedido desconto de, no mínimo, 50% do valor cobrado e, em tutela definitiva, a confirmação da tutela provisória, bem como a redução das mensalidades já pagas, com termo inicial em março*

de 2020. Juntaram documentos (fls. 25/130, 133/141 e 144/149). Conforme a decisão de fls. 150/152, o pedido liminar foi indeferido. No mais, foram deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita às autoras. Citada por carta com aviso de recebimento (fl. 155), a Ré apresentou contestação (fls. 156/164), alegando, em suma, também ter amargado prejuízos oriundos da pandemia do Covid-19. Aduz que todo o seu resultado anual deve ser reinvestido em suas próprias atividades, não havendo falar em lucros ou aproveitamento de vantagens próprias de atividade empresarial, dada a sua própria natureza institucional. Afirma que a forma de seu ensino obedece fielmente ao horário das aulas, a sua duração e, especialmente, o conteúdo programado para o semestre, sem ter ocorrido qualquer alteração dos seus componentes e menos ainda substituição por outros formatos. Pelo exposto, requereu a improcedência da ação. Juntou documentos (fls. 165/235 e 237/239). Colhida réplica (fls. 241/245). Instadas a especificarem provas (fl. 246), a Ré requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 248/250) e as Autoras postularam que a Requerida apresentasse seus balanços de janeiro a novembro de 2020 e os novos contratos pactuados com os prestadores de serviços e equipamentos (fls. 251/253). É O RELATÓRIO" (fls. 254/256).

A r. sentença julgou improcedente a ação. Consta do dispositivo: "Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA que GABRIELA MARANGON BARREIROS, LAILA VITÓRIA SANTOS DA SILVA, LUCIANA DE MORAES CAMARGO, RAQUEL ALVES PAIVA e THAINA LORONHA ALVES ajuizaram em face de FECAP FUNDAÇÃO ESCOLA DE COMÉRCIO ÁLVARES PENTEADO, para determinar a redução de 30% das mensalidades das autoras enquanto perdurar o ensino pela modalidade online, com início em julho de 2020 data da propositura da ação –, podendo haver abatimento por parte da Ré. Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como com o pagamento dos honorários advocatícios que, nos termos do artigo 85, § 2° do Código de Processo Civil, arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, na proporção de 50% para cada parte, atentando-se ao disposto no art. 98, § 3°, do CPC com relação às Autoras. Extingo o feito, nos termos do inciso I, do artigo 487, do Código de Processo Civil. P.R.I." (fls. 260/261).

Apela a ré pretendendo a improcedência da ação. No mérito, afirma ter comprovado que: *" **(i)** houve aumento de custo decorrente da aquisição de licenças de software, **(ii)** aumento de custos decorrentes do pagamento a todos os funcionários e professores, de "auxílio internet e luz", cobrindo os custos; **(iii)** diminuição do número de alunos, cujo impacto ainda é impossível calcular com perfeição; **(iv)** continuidade de custos de fixos de manutenção dos imóveis, folha de salários, prestadores de serviços, etc. **(v)** o fato do contrato havido pelas*

Acesso ao Sumário

partes já juntado aos autos – não autorizar a unilateral fixação de preços, tudo a afastar a alegada alteração do equilíbrio contratual'. Impugna a apelante a aplicação do artigo 480 do Código Civil que, em verdade, não autoriza a redução determinada, uma vez que no caso não há demonstração de que as apeladas, individualmente, tenham sofrido efeitos da pandemia mais incisivos que aqueles suportados pela sociedade como um todo. Tece, ainda, considerações acerca de sua condição financeira, por se tratar de fundação, sem finalidade lucrativa que vem sofrendo, assim como as demais instituições de ensino (fls. 271/283).

O recurso foi recebido e está contrarrazoado (fls. 305/311).

É o relatório.

2:– Respeitado o entendimento do Magistrado sentenciante, tem se que a ação é mesmo improcedente.

O objeto da ação é a revisão de contrato de prestação de serviços educacionais (redução da mensalidade durante o período de pandemia), em virtude da impossibilidade de plena prestação do serviço contratado.

Constitui fato notório a crise sanitária que se instalou no mundo causada pela Pandemia mundial da Covid-19, declarada pela Organização Mundial da Saúde, levando todos governos a adotarem medidas extremas de isolamento e distanciamento social, fazendo com que muitos contratos, dentre eles, os de prestação de serviços educacionais, sofressem alteração em sua forma execução.

É o caso dos autos que tem por objeto contrato de prestação de ensino superior que foi alterado, temporariamente, pela suspensão das aulas, mudanças do calendário letivo com antecipação de férias, e notadamente, pela adoção de sistema de ensino a distância, buscando-se manutenção das aulas sem prejudicar os alunos.

Pois bem. As autoras são alunas de diversos cursos de graduação da FECAP e aduzem dificuldades financeiras para arcar com o custeio das mensalidades em virtude da crise econômica que se instalou no país e *"paralisou ou diminuiu suas atividades profissionais e em alguns casos, de seus pais, ora responsáveis financeiros pelas mesmas"*.

Aduzem, ainda, *"desequilíbrio contratual, vez que a ré teria obtido diminuição dos custos operacionais, e necessidade de revisão do contrato de ensino, vez que o acordado se tornou excessivamente oneroso às autoras"*.

Assim sendo, o cerne da questão refere-se aplicação da teoria da imprevisão a autorizar a intervenção judicial para fins de redução do valor das mensalidades durante o período de pandemia.

O Colendo Superior Tribunal Federal julgou atualmente as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 706 e ADPF nº 713, que abarca a questão posta, nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"O Tribunal, por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Nunes Marques e Ricardo Lewandowski, que não conheciam da arguição. ***No mérito, por maioria, julgou procedente o pedido formulado para afirmar a inconstitucionalidade das interpretações judiciais que, unicamente fundamentadas na eclosão da pandemia da Covid-19 e no respectivo efeito de transposição de aulas presenciais para ambientes virtuais, determinam às instituições de ensino superior a concessão de descontos lineares nas contraprestações dos contratos educacionais, sem considerar as peculiaridades dos efeitos da crise pandêmica em ambas as partes contratuais envolvidas na lide, concluindo que a presente decisão não produz efeitos automáticos em processos com decisão já transitadas em julgado****, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Nunes Marques, que julgava improcedente o pedido. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 18.11.2021"* (ADPF nº 706, Tribunal Pleno, Rel. (a). Ministra Rosa Weber, Julgamento 18.11.2021).

Nada obstante as razões arguidas na inicial, este é o entendimento do qual partilha esta Relatoria, devendo prevalecer o princípio da *"Pacta Sunt Servanda"*, respeitados aqueles de sentido contrário.

Nesse sentido, é o entendimento desta Câmara:

"RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO REVISIONAL DE RELAÇÃO JURÍDICA – ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA DA R. SENTENÇA – AÇÃO REVISIONAL PARA REDUÇÃO DO VALOR DE MENSALIDADES ESCOLARES EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA PROVOCADA PELO "COVID-19" – ALEGAÇÃO DE QUE, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE SE MINISTRAR AULAS PRÁTICAS COMO PROGRAMADAS PARA O SEMESTRE, AS AULAS MINISTRADAS À DISTÂNCIA LEVARAM A UMA ECONOMIA VULTOSA POR PARTE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO OCUPANTE DO POLO PASSIVO, ORA RECORRENTE – ***CONJUNTO ENCARTADO AO FEITO QUE PERMITE CONCLUIR PELA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA – ADOÇÃO DE ENSINO À DISTÂNCIA QUE NÃO IMPLICA, POR SI SÓ, NA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE DESCONTOS AO ALUNO MEDIDA DE SAÚDE PÚBLICA QUE SE MOSTRA IMPERATIVA, O QUE SE TEM EM CONFORMIDADE COM AS NORMAS EDITADAS PELOS GOVERNOS MUNICIPAIS E ESTADUAIS – IMPOSSIBILIDADE DE PRECIFICAÇÃO DE MENSALIDADES ESCOLARES PELO JUDICIÁRIO – AUTOR QUE NÃO DEMONSTROU A DESPROPORCIONALIDADE NA PRESTAÇÃO DA OBRIGAÇÃO RÉ QUE COMPROVOU A CONTENTO QUE SEGUE PRESTANDO REGULARMENTE O SERVIÇO PARA O QUAL***

Acesso ao Sumário

FOI CONTRATADA *– INCORREÇÃO DA R. SENTENÇA PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA QUE FOI CONCEDIDA AO AUTOR QUESTÃO QUE NÃO DEMANDA MAIORES ATENÇÕES POR PARTE DE TURMA JULGADORA, HAJA VISTA QUE O JUÍZO INDEFERIU A BENESSE INICIALMENTE BUSCADA PELO DEMANDANTE – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO A CAUSA VALOR DA CAUSA QUE DEVE CORRESPONDER AO PROVEITO ECONÔMICO BUSCADO PELO DEMANDANTE – NECESSÁRIA REFORMA – RECURSO PROVIDO* (Apelação nº. 1025132-65.2020.8.26.0576; Relator: SIMÕES DE VERGUEIRO; Órgão Julgador: 16ª Câmara; D. Julgamento: 4/11/2021)

Ação de obrigação de fazer – contrato de prestação de serviços educacionais – pretensão de redução da mensalidade escolar em razão da pandemia do coronavírus (covid-19) – ***aulas que continuam a ser ministradas à distância – ausência de provas de efetiva e significativa redução de custos para a prestadora de serviços – onerosidade excessiva do contrato não demonstrada – necessidade de se garantir a segurança das relações jurídicas*** – ação julgada improcedente – sentença mantida – recurso improvido (Apelação nº. 1030199-27.2020.8.26.0506; Relator: COUTINHO DE ARRUDA; Órgão

Julgador: 16ª Câmara; D. Julgamento: 16/11/2021).

Tutela cautelar antecedente pretensão de redução de mensalidade para 50% do valor cobrado sob alegação de drástica redução da capacidade financeira impossibilidade –* ***aulas que passaram a ser oferecidas à distância em obediência às regras sanitárias e governamentais decorrentes da pandemia de Covid-19 – requerida que não estava obrigada a conceder o desconto almejado pela aluna, que sequer demonstrou satisfatoriamente a alegada redução de capacidade financeira – tutela de urgência improcedente –* *situação, contudo, que não impede a discussão em ação própria de eventual cobrança abusiva por serviços que não foram efetivamente prestados à autora que alegou o bloqueio de seu acesso à plataforma de ensino EAD recurso improvido.** (Apelação nº. 1010823-75.2020.8.26.0564; Relator: JOVINO DE SYLOS; Órgão Julgador: 16ª Câmara; D. Julgamento: 05/04/2022).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso e julga-se improcedente a ação, ficando revogada a liminar concedida.

Nesse contexto, as autoras ficam condenadas a arcar com sucumbência, ficando majorados os honorários advocatícios para 20% sobre o valor da causa em favor da ré, nos termos do artigo 85, § 2º e 11, do CPC (honorários recursais).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1122769-52.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUANA TOLEDO DE ABREU, é apelado PORTOSEG S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.071)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

CÉSAR ZALAF, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA. JUROS REMUNERATÓRIOS. REVISÃO APENAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. PERCENTUAL ADEQUADO À PRÁTICA DE MERCADO. NÃO CONFIGURA CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS A UTILIZAÇÃO DA TABELA PRICE. INAPLICABILIDADE DA TABELA SAC OU SISTEMA GAUSS. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. TARIFA DE CADASTRO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RELACIONAMENTO PRÉVIO COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGALIDADE DA COBRANÇA. RESP 1.255.573/RS. COBRANÇA AUTORIZADA DE IOF. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 124/131 julgou improcedente ação de revisão contratual, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 2.000,00.

Apela a autora (fls. 134/141). Alega que o contrato não foi claro com relação às cobranças de tarifa de cadastro e de IOF. Diz que o contrato estipula

capitalização de juros sem a devida informação ao consumidor e que o uso da Tabela Price constitui prática abusiva. Requer o provimento do recurso e a reforma da r. sentença apelada.

Contrarrazões às fls. 148/161.

É o relatório.

Não há questões que impeçam o conhecimento deste recurso que, quanto ao seu mérito, não merece ser provido.

No que diz respeito aos juros remuneratórios, observo que, quanto ao contrato de financiamento celebrado entre as partes (fls. 37/46), a apelante tinha plena ciência da capitalização (cláusula 2, fls. 40) e do valor das taxas de 2,30 % a.m. e de 31,32 % a.a. cobradas. Desde a assinatura do contrato, o pagamento do valor mutuado foi ajustado em parcelas fixas (48 X R$ 2.536,24) e não há que se alegar surpresa, conforme decidido no Recurso Repetitivo nº 973.827/RS, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, que serviu de respaldo para os fins do artigo 1.036, do NCPC:

"CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.

1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.

2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de "taxa de juros simples" e "taxa de juros compostos", métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: – ***"É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada."*** *– "A capitalização dos juros em periodicidade inferior*

à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada".

4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp 973.827/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 24/09/2012)".

Sendo assim, os juros remuneratórios devem prevalecer no patamar contratado livremente pelas partes, não sendo caso de se falar na sua redução aos índices médios de mercado, legais, ou mesmo constitucionalmente definidos. Nesse sentido, merece destaque o disposto na Súmula nº 381, do C. STJ: ***"A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade".***

Também deve ser apontado o entendimento exposto na Súmula nº 596 do C. STF: ***"As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam as taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional".***

Por oportuno, também não se há falar em inconstitucionalidade do art. 5º, da MP 2170-36/2001, porque, em decisão tomada no Recurso Extraordinário nº 592.377-RS, redator do acórdão o Min. Teori Zavascki, julgado em 04.02.2015, decidiu o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do art. 5º, caput, da MP 2.170/01.

A utilização da Tabela PRICE, ao contrário do alegado, não enseja ilegal capitalização de juros uma vez que os juros compostos cobrados internamente na fórmula da referida tabela são neutralizados pela taxa compensatória, atendendo às determinações do Conselho Monetário Nacional, especificamente previstas no art. 4º, inciso IX, da Lei 4.595/64. Inclusive o E. STJ já se posicionou favoravelmente a sua aplicação, *in verbis*:

"Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela Price nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal de parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencionada, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais" (STJ, 2ª

Acesso ao Sumário

Turma, REsp nº 587.639-SC. Min. Franciulli Neto).

A utilização da Tabela Price é perfeitamente possível, mormente em vista do permissivo contratual e das leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93 (STJ, 3ª Turma, AGRgAG nº 523.632/MT), ou mesmo se dizendo quanto a correção do saldo devedor, caso em que, primeiramente, esse é corrigido e, após, abate-se o valor da prestação paga pelo mutuário (AG. 538.990/RS; e Recursos Especiais nºs 427.329-SC; 479.034-SC).

Convém esclarecer que, por definição, em qualquer sistema de amortização somente se abate da dívida a amortização e nunca os juros, pois essa é a parcela de remuneração do capital. Somente se verifica o eventual anatocismo quando a parte demonstrar que a correção monetária tomou totalmente o valor da amortização mais os juros, quando no caso se tem a amortização negativa, hipótese não provada nos autos. Não há possibilidade de substituir o sistema de amortização pela Tabela SAC ou pelo método GAUSS uma vez que o uso da Tabela PRICE é regular e perfeitamente possível.

Além disso, por constituir o contrato celebrado em Cédula de Crédito Bancário, perfeitamente possível a cobrança de juros capitalizados, nos termos do artigo 28, §1º, I, da Lei 10.931/04, *in verbis*:

"Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I – os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, *bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;"*

Quanto à regularidade da tarifa de cadastro, tem-se que essa questão foi examinada pelo E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.255.573-RS, relatado pela Ministra Maria Isabel Gallotti, escolhido como representativo de controvérsia repetitiva, por isso julgado nos moldes do art. 543-C do CPC, definindo-se a seguinte tese sobre a cobrança da TAC, da TEC e da Tarifa de Cadastro, em especial:

"(...) 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.158/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expres-

Acesso ao Sumário

samente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira (STJ – REsp: 1255573 RS 2011/0118248-3, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 28/08/2013, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 24/10/2013)"

Não consta nos autos que as partes já tinham relacionamento antes do acerto do contrato, o que permite, portanto, a cobrança da tarifa de cadastro, não condenada pelo STJ, conforme a tese firmada no recurso acima citado. Ainda sobre essa matéria, não há nos autos elementos fáticos e jurídicos que levam à conclusão de que o valor cobrado – R$ 980,00 (fls. 39) – seja excessivo, mormente porque ao tempo da contratação a apelante tinha plena ciência acerca do valor.

Em relação ao IOF, restou decidido no REsp Repetitivo nº 1.251.331, então relatado pelo Min. Maria Isabel Gallotti, que *"É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais"*. Nada de ilegal ou abusivo no repasse do tributo ao devedor fiduciante.

Em conclusão, inexiste motivo para reforma da r. sentença apelada, que fica integralmente mantida, por seus fundamentos, acrescidos dos que vão aqui alinhados.

Para se evitar incidentes desnecessários, importante ressaltar que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão aquelas que interfiram no deslinde da causa, 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, nego provimento ao recurso. Em face do disposto no artigo 85, § 11º do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios a serem pagos pela apelante ao valor de R$ 2.200,00.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000633-

30.2021.8.26.0334, da Comarca de Macaubal, em que é apelante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é apelada CLAUDINETE BEZERRA DA SILVA BRANDÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 525)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

HEITOR LUIZ FERREIRA DO AMPARO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C RESTITUIÇÃO E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – Contrato fraudado – Cerceamento de Defesa – Inocorrência – Poder-dever do juiz de indeferir a produção de provas inúteis – Perícia grafotécnica que apurou falsidade da assinatura – Inexistência de relação jurídica declarada – Danos morais, configurado e arbitrado em R$.4.000,00, de forma coerente e adequada à extensão do dano – Repetição do indébito, de forma simples e não em dobro, pois não caracterizada má-fé da instituição financeira – Recurso do réu parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo réu BANCO BRADESCO FINANCIAMENTO S/A, que em ação promovida por CLAUDINETE BEZERRA DA SILVA BRANDÃO, nomeada como Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Restituição e pedido de Indenização por Danos Morais, foi julgada parcialmente procedente, em 09 de junho de 2022, pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única de Macaubal, que na parte dispositiva, assim decidiu: **"Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos contidos na inicial, na forma do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, para: a) DECLARAR nulo o negócio jurídico impugnado pela parte requerente, com o consequente encerramento dos descontos; b) CONDEBAR o réu BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, a restituir em dobro o valor cobrado indevidamente a título de empréstimo, com a incidência de correção monetária de acordo com a Tabela Prática do Eg. Tribunal de**

Acesso ao Sumário

Justiça do Estado de São Paulo, a partir dos descontos ilegais, e juros legais de mora de 1% ao mês, a partir da citação; e c) CONDENAR o réu BANCO BRADESCO FINANCIAMENTO S/A ao pagamento de danos morais à parte autora, no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP desde o arbitramento, e com juros de 1% ao mês, desde o evento danoso (primeira cobrança indevida Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça). Fica autorizada a oportuna compensação entre o valor recebido pela autora referente ao empréstimo declarado inexistente, devidamente atualizado, e as verbas decorrentes da presente condenação. Em razão da sucumbência mínima, condeno a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, e as verbas decorrentes da presente condenação".

O réu/banco, em seu recurso de apelação, sustenta: preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, pois mesmo que a assinatura seja falsa, não houve dano material e especialmente mora, encontrando-se presente culpa exclusiva de terceiro e do consumidor; de fato foram efetivados descontos no benefício da autora, mas de fato, houve a contratação dos empréstimos; que o banco se cercou de toda a cautela necessária à celebração do contrato a afastar a possibilidade de ocorrência de fraude, exigindo todos os documentos pertinentes; que o banco agiu de forma diligente e dentro da legalidade, pois foi exigido todos os documentos pessoais pertinentes no ato da celebração da portabilidade, estando presente a culpa exclusiva da apelada e de terceiro, mencionando, ainda, que a suposta fraude na assinatura só foi detectada mediante realização de perícia grafotécnica, não sendo possível tal constatação a olho nu; que, não se vislumbra quaisquer vestígios de fortuito interno, e no caso em questão ocorreu por culpa exclusiva da apelada que não protegeu seus documentos pessoais, possibilitando a suposta fraude. Por fim, pede o provimento da apelação para anular a r. sentença, reabrindo-se a fase probatória; julgar a ação completamente improcedente; afastar a repetição do indébito e afastar ou reduzir os danos morais para R$.1.000,00.

Contrarrazões às folhas 228/231.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A irresignação prospera, em parte.

De proêmio, analisa-se o alegado cerceamento de defesa, que não há.

Destaca-se que presentes nos autos elementos de prova suficiente ao convencimento do julgador a afastar a necessidade de dilação instrutória, com a pretendida oitiva da autora e testemunhas, cabendo a ele o reconhecimento do satisfatório conjunto probatório a fundamentar sua decisão.

Pois bem, esse também o entendimento da jurisprudência de que o juiz

Acesso ao Sumário

tem o poder-dever de indeferir a produção de provas inúteis ou quando os elementos já colacionados nos autos permitirem o seu julgamento:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA PERICIAL REPUTADA DESNECESSÁRIA EM FACE DO ACERVO PROBATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o magistrado, como destinatário final da prova, deve avaliar sua suficiência, necessidade e relevância, de modo que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de perícia judicial reputada desnecessária em face do acervo probatório. Precedentes: AgInt no AREsp 689516/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/09/2018. 2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no AREsp 1056892/SP, Rel. Min. Sérgio Kukima, Primeira Turma, DJe 21/05/2018, AgInt no AREsp 1035671/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 03/02/2018. 3. Agravo interno não provido" (AgInt nos EDcl no AREsp n. 900323/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 04/12/2018, STJ).

Avancemos.

Trata-se de caso de celebração de empréstimo não reconhecido por correntista.

A responsabilidade do Banco foi reconhecida em Primeiro Grau. O digno Magistrado *a quo* acolheu o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica e abstenção de descontos do contrato impugnado, com a condenação do Banco em danos morais de R$.4.000,00 (quatro mil reais), repetição em dobro dos valores efetivamente descontados do benefício previdenciário da Apelante e autorizou a compensação entre o valor recebido pela autora referente ao empréstimo declarado inexistente, devidamente atualizado, e as verbas decorrentes da presente condenação.

O Banco apesar de comprovar a existência do suposto contrato (Cédula de Crédito Bancário), que alega ter sido assinado pela Apelante (folhas 79/85), a perícia grafotécnica reconheceu de forma conclusiva que a assinatura lançada no referido contrato é falsa, como consta da conclusão do Senhor Perito à fls. 147, do seguinte teor:

"..... VI. CONCLUSÃO

As assinaturas atribuídas a Requerente, Claudinete Bezerra da Silva Brandão, que foram lançadas como emitente no documento, descrito no título "Peça de Exame", não se identificam com as assinaturas utilizadas

Acesso ao Sumário

como padrões de confrontos da mesma e, portanto, não provieram de seu punho". (destacou-se)

No caso, a apelante recebe benefício, do INSS viu-se surpreendida com indevidos descontos no seu benefício previdenciário, verba de eminente caráter alimentar, imprescindível ao seu sustento e de sua família.

Por certo que este fato se afigura a acarretar a intranquilidade, circunstância hábil a ensejar o dano moral e a repetição do indébito, mas de forma simples e não em dobro.

A solução da lide se dá à luz das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, do Recurso Repetitivo nº 1.199.782/PR e da Súmula nº 479 ambos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPNSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para os 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 de conta-correte ou recebimento de empréstimo mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando com fortuito interno. 2. Recurso especial provido." (STJ, REsp 1199782/PR, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgada em 24/08/2011).

"**Súmula nº 479**: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."

A relação estabelecida entre as partes, se válido fosse o contrato, seria de consumo. Rege-se, pois, pelas diretrizes constantes do Código de Defesa do Consumidor, notadamente, na espécie, pela regra concernente à responsabilidade objetiva – independentemente da demonstração de culpa – do prestador de serviços pelos danos causados ao consumidor e pela inversão do ônus da prova dos fatos alegados em juízo.

De fato, a responsabilidade do réu é objetiva devido à teoria do risco, ou seja, do exercício de atividade econômica lucrativa que implica necessariamente a assunção dos riscos a ela inerentes.

É essa a posição doutrinária:

"Os bancos respondem pelo risco profissional assumido, só elidindo tal responsabilidade a prova, pela instituição financeira, de culpa grave do cliente ou caso fortuito ou força maior (RUI STOCO, em Responsabilidade Civil e sua Interpretação, 3 ª Edição, RT, 1997, p.222).

Acesso ao Sumário

Na hipótese dos autos, o réu não se desincumbiu do ônus que lhe cabia por força do artigo 373, II, do Código de Processo Civil, bem como das regras do Código de Defesa do Consumidor.

Competia ao Banco comprovar a lisura da transação impugnada, ou seja, que foi a autora quem realizou a operação a ela atribuída, o que por óbvio, não ocorreu, já que restou suficientemente demonstrado, a partir da perícia grafotécnica, que a assinatura lançada no instrumento contratual foi falsificada.

Acertada a declaração de nulidade do jurídico e a inexigibilidade do débito correspondente, bem como a condenação do réu à recompensação dos danos de ordem material, **mas não em dobro e sim de forma simples**, eis que não restou provada a má-fé do banco, nos termos do artigo 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

No que concerne aos danos morais.

É fato que os bancos, fornecedores de serviços financeiros, respondem objetivamente pelos danos decorrentes da própria prestação de serviço (art. 14, do CDC). A responsabilidade objetiva deriva do risco da atividade desempenhada. Se deseja o lucro assume os riscos de eventuais defeitos na prestação do serviço.

O dano moral *"é resultado de lesão aos direitos da personalidade, isto é, à honra, à imagem, à integralidade física, ao nome, à liberdade de pensamento, entre outros" (Cf. REsp 669.914/DF, julgado em 25/03/2014).*

Ensina a doutrina: *"Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismo emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral"* (Yussef Said Cahali, Dano Moral, Ed. RT, p. 20/21).

Presentes as realidades descritas e verificados os requisitos da responsabilidade civil, justificadores da obrigação de indenizar.

Se não há nos autos efetiva prova da contratação e foram, reiteradamente, realizados descontos indevidos no benefício previdenciário da autora, privando -a de recursos de natureza alimentar, que são seus por direito, inconteste que os fatos não podem ser considerados como mero transtorno ou dissabor incapaz de gerar danos morais.

Além disso, a jurisprudência deste Tribunal tem aplicado a denominada **Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor** que na lição de Marcos Dessaune

Acesso ao Sumário

se configura, *"quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável"*(Desvio Produtivo do Consumidor, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011).

Confira-se:

"(.....) Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Tempo utilizado pelo consumidor para a solução de seus problemas junto ao fornecedor, com prejuízos de suas atividades rotineiras, sem que tenha um satisfatório atendimento à sua demanda de consumo. Precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e do Colendo Superior Tribunal de Justiça. (.....) (TJ/SP; Apelação 1004098-03.2017.8.26.0006; Relator (a) Hélio Nogueira; Data do Julgamento: 13/11/2018; Data do Registro: 13/11/2018).

Ou seja, o dano moral aqui é devido, inclusive, pela via crucis enfrentada pela autora, que foi obrigada a contratar advogado e entrar em juízo para defesa de seus interesses, já que ao que tudo indica não obteve solução na via administrativa.

Evidente, *in casu*, a ofensa moral indenizável.

Confira:

"Ação anulatória c.c. inexigibilidade de débito e indenização por danos morais – Contrato de empréstimo consignado não reconhecido pelo autor, com desconto indevido em seu benefício previdenciário – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva do Banco por danos gerados por falha na prestação de serviços no âmbito das operações bancárias (art.14 do CDC) – Banco réu não comprovou a legitimidade da contratação do empréstimo consignado, ônus seu (art. 6º, VIII, do CPC e art. 373, II, do CPC) – Preclusão da prova pericial grafotécnica, por deixar o Banco de demonstrar interesse na produção da prova – Inexistência de relação jurídica entre as partes, com a condenação dos valores indevidamente debitados no benefício previdenciário do autor – Danos morais que se configuram com a própria ocorrência do ato ilícito da violação (damnun in re ipsa) – Recurso do banco desprovido – Pretensão do autor à majoração do quantum indenizatório – Descabimento – Indenização arbitrada em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade – Recurso do autor negado. Danos morais – Juros moratórios – Tratando-se de responsabilidade extracontratual os juros de mora incidem do ato ilícito (súmula 54 do STJ) – Recurso do autor provido. Recuso do autor parcialmente provido e desprovido o recurso do réu." (Apelação Cível 1025071-46.2020.8.26.0564; Rel. Des. Francisco Giaquinto; julg. 07/06/2021).

Quanto à sua quantificação: *"Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo*

psíquico, moral e intelectual da vítima (.....) Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o bonus pater familiar: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às reduzas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca" (Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Responsabilidade Civil, Vol. IV, Ed. Atlas, p. 33).

O montante do dano moral não pode ser inexpressivo ou caracterizado como donativo, nem ser motivo de enriquecimento abrupto e exagerado, como premiação em sorteio, e deve possuir poder repressivo, inibidor e, por outro, formado de cultura ética mais elevada.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO – DANO MORAL – Pretensão do banco de reforma da r. sentença de procedência da demanda – Descabimento – Hipótese que não ficou comprovado a existência da relação jurídica, da qual teria se originado o débito apontado – Ausência de demonstração de que foi o autor quem efetivou a contratação – Má prestação de serviços evidenciada – Eventual fraude praticada por terceiro que não exime a instituição financeira de responder pelos prejuízos causados ao consumidor (Súmula 479, STJ) – Dano moral configurado – RECURSO DESPROVIDO NESTA PARTE. APELAÇÃO. DANO MORAL FIXAÇÃO – Pretensão do banco de redução do valor arbitrado a título de indenização por dano moral – Cabimento – Valor fixado (R$.10.000,00) que se mostra elevado e que deve ser reduzido para R$.5.000,00, de modo a compensar o sofrimento e o exacerbado grau de transtorno experimentados pelo autor – RECURSO PROVIDO PARA ESTE FIM." (Apelação Cível 1102126-10.2020.8.26.0100; Relª. Desª. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; j. :24/06/2021)

Com isto, tendo em vista a condição da autora e o porte da instituição; a indevida supressão de valores do benefício previdenciário da autora; a defesa de seus direitos; considerando-se ainda, os critérios de prudência e razoabilidade e o poder repressivo e formado, o valor da indenização de R$.4.000,00 foi arbitrado de forma coerente e adequada à extensão do dano, sem configurar enriquecimento indevido da parte.

Mantenho a forma de condenação dos honorários advocatícios, mas majoro para 15% (quinze por cento), nos termos do artigo 85, § 11, do CPC.

Nessas circunstâncias, **dá-se parcial provimento ao recurso do Banco**, para determinar a devolução do indébito, de forma simples e não em dobro, como acima exposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000855-21.2021.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ACACIO HASHIDA, são apelados JA2G EMPREENDIMENTOS LTDA, ANDREA ALVES DE SIQUEIRA FERREIRA e JOSÉ HENRIQUE DA SILVA.

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 18.015)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), JORGE TOSTA e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação de exigir contas – Primeira fase – Sentença de extinção, sem resolução de mérito, dos pedidos iniciais, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil – Ausência de direito subjetivo de exigir contas atinentes à sociedade de cujos quadros societários o autor não participa – Sentença de extinção, sem resolução de mérito, mantida – Honorários recursais – Recurso desprovido.

VOTO

Em *"ação de exigir contas"*, a r. sentença (fls. 105/106), de relatório adotado, julgou extintos, sem resolução de mérito, os pedidos iniciais, com fulcro no artigo 458, inciso VI, do Código de Processo Civil, e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Embargos de declaração opostos pelo autor (fls. 109/110) foram rejeitados (fls. 111).

Recorre o autor (fls. 114/121) a sustentar, em síntese, que, a despeito do que constou na r. sentença recorrida, o autor é parte legítima para obter as contas exigidas, já que foi ele quem realizou os depósitos questionados; que as mensagens eletrônicas e os comprovantes acostados aos autos não foram impugnados pelos réus; que é falsa a narrativa segundo a qual os valores aportados foram destinados ao ingresso de seu filho em outra sociedade.

Recurso preparado (fls. 122/123) e respondido (fls. 127/129).

Acesso ao Sumário

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A ação de exigir contas se desenvolve em duas fases: a primeira para apurar-se a existência ou não da obrigação de prestar contas; a segunda para o exame das contas visando à apuração de saldo final do relacionamento contábil discutido no processo, caso positiva a solução da primeira fase.

Assim, o procedimento especial da prestação de contas foi instituído com a finalidade de compor os litígios em que a pretensão, de fundo, se presta para o esclarecimento de certas situações resultantes da administração de bens alheios.

Narra a petição inicial que o filho do apelante, Sr. Rodrigo Hashida, teria sido convencido *"a participar de uma empresa seria constituída para explorar a atividade de alimentação, ou seja, o já famoso frango frito da americana KFC"* (fls. 02/03). Acreditando na promessa de retorno a curto prazo, a apelante teria realizado duas transferências bancárias que, somadas, atingiram R$ 100.000,00, sem que, em contrapartida, a sociedade apelada cumprisse o acordo verbal voltado à constituição da sociedade prometida.

Invocando a qualidade de credor da apelada, o apelante ajuizou a ação de origem para exigir as contas referentes *"a todos os valores recebidos e da venda da quota parte do administrador, Sr. José Henrique, na sociedade Ja2g Campinas Comercio de Alimentos Ltda."* (fls. 05).

Sumariada a controvérsia e à vista de todo o processado, o inconformismo não prospera.

Como bem pontuou o D. Juízo de origem, se a promessa de ingresso na sociedade foi feita ao filho do apelante, *"a legitimidade para exigir contas da requerida seria então de Rodrigo Hashida e não de seu genitor, mesmo que este último tenha sido o efetivo pagante do negócio jurídico"* (fls. 106).

Ora, se a própria narrativa autoral é no sentido de que o apelante figurou como mero investidor dos valores supostamente pagos pelo ingresso de seu filho nos quadros da sociedade Ja2g Empreendimentos Ltda., parece lógico que seu genitor não tem direito subjetivo de exigir que a sociedade, de cujo quadro societário ele não participa, preste-lhe as contas pretendidas.

O procedimento especial da prestação de contas exige que o interessado instrua a petição inicial com os documentos que comprovem a existência do vínculo legal ou negocial gerado pela administração de bens ou interesses alheios (CPC, art. 550, § 1º), o que evidencia a fragilidade da narrativa autoral.

Não por outra razão é que Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que o autor deve expor as razões pelas quais exige as contas, de modo que ***"as provas documentais que possuir em favor de sua argumentação deverão já ser apresentadas***, o que já poderia ser deduzido a partir do disposto

Acesso ao Sumário

no CPC 320"[1].

Eis por que andou bem o D. Juízo de origem ao julgar extintos, sem resolução de mérito, os pedidos iniciais.

Assim, objetivamente considerada a plenitude da controvérsia à luz dos fatos e dos fundamentos das partes, o inconformismo do apelante não revela o desacerto da r. sentença recorrida que, tendo sido proferida em consonância com os elementos carreados aos autos, é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, os honorários advocatícios devidos pelo apelante ao advogado dos apelados são majorados para 20% do valor atualizado da causa, neles incluídos os recursais (CPC, art. 85, § 11).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005053-67.2021.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que são apelantes JOCELYNE GOMES DE BRITO MILANESI (JUSTIÇA GRATUITA) e CLAUDIO ASTOLPHI MILANESI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado WASHINGTON LUIZ MENDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.470)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL – Desocupação antecipada do prédio locado – Ação de cobrança de multa acolhida – Infração a cláusula contratual – Apelação com pedido de compensação com benfeitorias realizadas no imóvel – Expressa previsão contratual da necessidade de consentimento expresso e escrito do locador para tanto – Benfeitorias úteis e

Acesso ao Sumário

1 Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 17ª ed., 2018. p. 1387-1388, nota 7 – grifos acrescidos

voluptuárias realizadas no imóvel para fins comerciais – Além de carência de pagamento prevista no contrato, para tal finalidade, havia nele cláusula de renúncia, com validade reconhecida no enunciado da súmula 335 do STJ – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida a fls. 84/85, que julgou procedente ação de cobrança, condenados os réus em R$ 6.500,00, mais encargos legais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação, com a ressalva do benefício da gratuidade.

Apelam os réus. Afirmam que reconhecem o contrato e o fato de entregar o imóvel antes do prazo estipulado, bem como a incidência da multa, mas querem uma compensação com benfeitorias efetuadas no prédio locado.

Recurso tempestivo, isento de recolhimento de preparo e contrariado.

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

O apelo não comporta acolhimento.

O autor firmara com os réus contrato de locação de imóvel comercial, em 17.7.2020, mas após 8 meses, ou seja, em 24.3.2021, eles réus desocuparam o imóvel, entregando as chaves, juntamente com um "comunicado de desocupação". Daí o ajuizamento da ação para a cobrança de multa contratual por rescisão antecipada, prevista na cláusula II.2, acolhida em sentença, respaldada na seguinte fundamentação:

"Incontroversa a existência da relação jurídica ex locato (fls. 13/19), com previsão de pagamento de multa em caso de devolução antecipada (fl. 13, "II.2"), bem como a comunicação de sua rescisão unilateral por parte dos locatários, ora réus, antes do prazo de doze meses de locação (fl. 20). A respeito, portanto, reputa-se despicienda a produção de provas, a teor do disposto no art. 374, III, do CPC.

Anoto que, no que tange à dívida (an debeatur), não negam, os locatários, o inadimplemento das obrigações contratualmente assumidas; seus reclamos se voltam, exclusivamente, contra o quantum debeatur.

Não há como acolher o pretendido abatimento da multa contratual com os gastos com a realização de benfeitorias no imóvel pese comprovadas nos autos na medida em que o negócio jurídico celebrado pelas partes previa a possibilidade de realização de benfeitorias, desde que mediante prévia e expressa autorização por escrito do locador, as quais passariam a integrar o imóvel, sem direito a indenização, retenção ou reembolso (fl. 15, item IV. 3); a respeito, releva anotar que as benfeitorias realizadas pelos locatários (fls. 47/74) não

Acesso ao Sumário

guardam relação direta com as modificações autorizadas e que seriam pagas pelo locador (fl. 15, item IV. 2).

Não obstante, fora concedida aos réus isenção do pagamento dos locativos mensais devidos até 09 de agosto de 2020, e desconto de R$ 500,00 nos alugueres vencidos entre de 10 de agosto de 2020 a 09 de janeiro de 2021 (fls. 14, itens "III. 1" e "III. 1.1"), para fins de melhorias (gesso e pintura) a cargo dos locatários despesas que foram incluídas na relação de gastos de fls. 47/48.

Daí, tollitur quaestio: a pretensão inicial revela indisfarçável procedência".

Insurgem-se os apelantes, e querem ver abatidos da cobrança os valores gastos com benfeitorias necessárias.

Mas sem razão.

Veja-se que os locatários tiveram carência nos alugueres por um bom período, para efetuar benfeitorias, nos seguintes termos da cláusula III.1.1:

"Para fins de melhorias (gesso e pintura) a serem incorporadas ao imóvel por conta dos Locatários, ficam estes isentos do pagamento do aluguel até o dia 9.8.2020; fica também concedido desconto de R$ 500,00 no valor do aluguel de 10.8.2020 a 9.1.2021. A partir de 10.1.2021 passa a vigorar o valor integral, ou seja, R$ 2.500,00".

Os apelantes foram beneficiados com abatimento no aluguel para realizar algumas benfeitorias e aceitaram expressamente o valor concedido, no prazo de carência.

Ademais, o contrato de locação previu expressamente a impossibilidade de indenização ou retenção por benfeitorias introduzidas no imóvel (cláusula IV.3 – fls. 15).

Evidente, portanto, que houve renúncia expressa à indenização ou retenção por quaisquer benfeitorias realizadas.

No mais, a súmula 335 editada pelo C. STJ expressa:

"Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção."

Neste sentido é o posicionamento deste E. Tribunal de Justiça:

"Locação imobiliária comercial escrita. Ação de retenção por benfeitorias. R. sentença de improcedência, com apelo só do inquilino autor. Incabível a pleiteada indenização pelas supostas benfeitorias. Validade da cláusula expressa de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção (Súmula nº 335 do Colendo STJ), firmada entre as partes. Correta a decisão monocrática, que fica mantida por seus próprios fundamentos. Nega-se provimento ao apelo do locatário" (Ap. nº 1007289-19.2014.8.26.0602, 27ª Câm. Dir. Priv., Des. Rel. Campos

Acesso ao Sumário

Petroni, j. 20.9.2016).

"Locação de imóvel não residencial. Ação de despejo por denúncia vazia. A locatária não comprovou as reformas que afirma ter realizado no imóvel, nem a necessária autorização da locadora. Ademais, havendo cláusula de renúncia ao direito de indenização ou retenção por benfeitorias, disposição reconhecida como válida pela Súmula 335 do E. STJ, eventuais modificações se incorporam ao imóvel. Recurso improvido" (Ap. nº 0033750-28.2011.8.26.0577, 34ª Câm. Dir. Priv., Des. Rel. Gomes Varjão, j. 12.9.2016).

Dessa forma, em respeito ao que fora ajustado, nada pode ser reclamado.

Por estas razões, meu voto nega provimento ao recurso, elevada a verba honorária advocatícia para 11% do valor da condenação, ressalvada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004888-19.2022.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante CIELO S.A., é apelado G4 INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS EIRELI.

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 41.286)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: Apelação. Contrato de credenciamento de sistema de utilização de cartão de crédito. Alegação de fraude pela realização de mais de duas mil vendas no valor unitário de R$1,00 cada em período em que o sítio eletrônico da autora estava fora do ar. Ré que não demonstrou a lisura das operações. Fraude reconhecida. Posterior retenção indevida de valores, sob alegação de fraude. Ré que não demonstra a existência de tal mácula às operações e, portanto, não pode reter os valores discutidos. Ademais, não pode o lojis-

Acesso ao Sumário

ta autor arcar com o prejuízo decorrente de eventuais fraudes praticadas no âmbito dos sistemas internos da requerida, por se tratar de risco ínsito à atividade econômica desta última. Dano moral. Ocorrência. Comerciante que teve seu bom nome prejudicado em razão das fraudes retratadas.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 469/474 que julgou o feito parcialmente procedente, condenando a ré ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios então arbitrados em 15% do valor da condenação.

Irresignada, a ré recorre. Alega, em síntese, que enquanto credenciadora não lhe compete aprovar ou rejeitar compras; que não pode responder por fraudes praticadas por terceiros; que tem o direito de reter o repasse de valores quando existentes reclamações dos consumidores com relação a compras fraudulentas; que inexiste dano material ou moral na espécie. Pede reforma.

Contrarrazões a fls. 599/613 requerendo, em suma, a manutenção da r. sentença.

Recurso regularmente processado.

É o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença recorrida.

Com o devido respeito, o recurso não merece provimento.

A parte autora ingressou com a presente demanda alegando, em suma, que de acordo com sistema da ré, foram realizadas supostas 2.569 compras, no valor unitário de R$1,00 (um real) em alguns dias do mês de janeiro do corrente ano (fls. 32/35).

Ocorre que, no período em que as compras teriam sido realizadas, a parte autora encontrava-se com seu website inativo, pois estava em recesso, sem atuar no mercado oferecendo seus produtos.

Em razão de tais compras, aduz ter tido de responder mais de uma centena de reclamações individuais de consumidores que se sentiram lesados com o desconto indevido de R$1,00 (um real) em seus cartões de crédito.

A autora, portanto, registrou reclamação junto à ré, que não prestou esclarecimento acerca da origem de tais débitos em cartão de crédito de terceiros.

Por outro lado, segundo alega a parte autora, a ré, após tal ocorrido, veio reter valores relativos a vendas efetivamente realizadas pela requerente, sob o fundamento de que teria ocorrido fraude em tais operações.

Acesso ao Sumário

A empresa autora requer, assim, a devolução dos valores já recebidos a título de tais supostas compras que não reconhece, bem como que os valores pendentes de compensação não lhe sejam repassados; que a requerida libere os valores legítimos que reteve sob alegação de fraude e, por fim, seja condenada ao pagamento de indenização por dano moral.

A r. sentença julgou o feito parcialmente procedente para *"(...) determinar que a ré se abstenha de realizar qualquer depósito dos valores contestados referente a compras não realizadas no estabelecimento da autora, bem como se abstenha de realizar cobranças dos valores relativos ao objeto da lide, sob pena de multa de R$ 500,00 por transferência ou nova cobrança efetuada, até o limite de 10 salários-mínimos. Ainda, CONDENO a ré ao pagamento de R$ 3.015,65, devidamente corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, desde a data das vendas, e acrescidos de juros moratórios de 12% ao ano, desde a citação. Por fim, condeno a requerida ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) à autora, a título de danos morais, devidamente corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e acrescidos de juros moratórios de 12% ao ano, desde a prolação da sentença (...).*

Em que pesem as alegações da requerida em sede de recurso, sua tese não merece guarida.

Isso porque, muito embora a ré alegue que não detém legitimidade para aprovar ou reprovar compras, a fraude perpetrada por meio de seus sistemas é risco inerente à sua atividade empresária, de modo que deve compor os danos dela decorrentes.

Com o devido respeito, não há nos autos qualquer indício de que o comerciante tenha contribuído para a prática da fraude, de modo, considerando que o negócio da ré é justamente o credenciamento de lojistas para uso de seus sistemas ou de empresas por ela indicadas, não resta dúvida que a falha de segurança em tal dispositivo deve ser suportada pela credenciadora, pois inserida no risco de seu negócio.

Nesse sentido:

Ação de cobrança – contrato de credenciamento ao sistema CIELO – estabelecimento comercial que efetuou vendas após autorização da ré – inadmissível recusa em repassar os valores das operações – não comprovada conduta negligente por parte da autora, tampouco participação em fraude – risco do negócio inerente à atividade da requerida, que inclusive é remunerada com um percentual das vendas – demanda procedente recurso improvido.

(TJSP; Apelação Cível 1028932-32.2016.8.26.0224; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos – 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2018; Data de Registro:

Acesso ao Sumário

13/08/2018)

APELAÇÃO – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – CREDENCIAMENTO A SISTEMA DE CARTÃO DE CRÉDITO – Nulidade da cláusula contratual que repassa ao estabelecimento comercial filiado todos os ônus decorrentes de fraude ("chargeback"). Responsabilidade objetiva da APELADA integral e decorrente do risco de sua atividade. – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1123541-54.2017.8.26.0100; Relator (a): Eduardo Siqueira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/09/2018; Data de Registro: 11/09/2018)

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Contrato de prestação de serviço de recebimento de valores oriundos de transações realizadas com cartão, por meio do terminal Cielo – Operação que, embora aceita pela máquina fornecida à Autora, deixou de ser paga sob a alegação de fraude ante a contestação da transação pelo titular do cartão – Descabimento – Inadmitida a transferência do risco da atividade à cliente do sistema – Responsabilidade pelo risco da atividade que, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, é objetiva e pertence à prestadora do serviço – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1029763-07.2015.8.26.0001; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/01/2019; Data de Registro: 08/01/2019)

Desse modo, mostrou-se correta a r. sentença tanto ao determinar que não sejam repassados à autora valores de vendas que esta não reconhece, bem como que sejam liberados aqueles que indevidamente estão retidos sob alegação de fraude, até mesmo porque, reitera-se, inexiste prova neste sentido nos autos.

Com relação ao montante do valor a ser liberado em favor da requerente (dano material) seu montante histórico consta dos documentos de fls. 65/69, correspondendo a R$3.015,65, a ser devidamente atualizado pela Tabela Prática do E. TJ-SP desde as datas das vendas e acrescido de juros moratório de 1% ao mês desde a citação.

No tocante ao dano moral, este também restou configurado.

De início, é pertinente o entendimento de que a pessoa jurídica possa sofrer danos morais, já que, inegavelmente, pode ter suas atividades empresariais maculadas por atos de terceiros que prejudiquem seu bom nome no meio empresarial e na sociedade em geral.

Acesso ao Sumário

Nesse diapasão, o Ilustre Mestre Silvio de Salvo Venosa[1], com peculiar precisão, tece os seguintes comentários, a saber:

> "Levando em consideração que o dano moral atinge o patrimônio moral, o complexo anímico ou o psiquismo da pessoa, é objeto de discussão também o fato de a pessoa jurídica poder ser vítima dessa modalidade de dano. Em princípio, toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico. Não há como admitir dor psíquica da pessoa jurídica, senão abalo financeiro da entidade e moral dos membros que a compõem. Aqui, sobreleva o aspecto de distúrbio comportamental. Nem por isso, porém, deixará de ser reparado um dano de natureza moral contra pessoa jurídica: apenas que, a nosso ver, esse dano moral sempre terá reflexo patrimonial. Será sempre economicamente apreciável, por exemplo, o abalo mercadológico que sofre uma empresa acusada injustamente, por exemplo, de vender produtos roubados ou falsificados. No campo da pessoa jurídica, o que levamos em conta no aspecto do dano moral é o ataque à honra objetiva, em síntese, a reputação e o renome."

A orientação jurisprudencial, sobre o tema, é a seguinte, a saber:

> "DANO MORAL – Indenização – Pessoa jurídica – Banco que procede à cobrança de débito, emitindo mais boletos do que o necessário e enviando a protesto título que representava dívida já quitada – Verba devida, pois inegável que tal ato afeta o bom nome, fama e prestígio da empresa, na medida em que torna pública a inadimplência, com inequívoca possibilidade de surgir restrições creditícias. (1º TACivSP) – RT 772/255."

> "DANO MORAL – Pessoa jurídica – Título indevidamente levado a protesto por instituição financeira – Ofensa à honra objetiva da empresa, que teve abalado seu conceito e imagem – Indenização devida – Verba, no entanto, que deve ser fixada com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio – (STJ) RT 776/195."

> "INDENIZAÇÃO – Dano moral – Pessoa jurídica – Legitimidade para pleitear indenização – Ocorrência – Decreto de carência afastado – Recurso parcialmente provido." (TJSP – Apelação Cível n. 254.672-1 – Taubaté – 3ª Câmara de Direito Privado – Relator: Flávio Pinheiro – 21.05.96)

> "PESSOA JURÍDICA – Dano moral – Possibilidade de ser a pessoa jurídica sujeito passivo de danos morais se sofrer lesão que cause prejuízo à sua imagem – Caracterização de violação à honra objetiva de que também os entes coletivos são titulares (1º TACivSP) – RT 803/238"

> "DANO MORAL – Pessoa jurídica – Indenização devida, uma vez que

1 Direito Civil – Responsabilidade Civil – Volume IV – 7ª edição – Editora Atlas – São Paulo – 2007 – página 41.

Acesso ao Sumário

pode padecer de ataque à sua honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam seu bom nome no mundo civil ou comercial em que atua – Verba, ademais, que pode ser mensurada através de arbitramento. (STJ) – RT 767/210"

Tal questão, encontra-se, inclusive, sumulada no Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme o teor da Súmula nº 227, in verbis: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral"

No caso em análise, é importante destacar que em razão do cômputo de compras indevidas que supostamente teriam sido relacionadas no estabelecimento autor, este teve de responder mais de uma centena de reclamações, o que, certamente, prejudicou sua imagem perante seus consumidores.

Nesse sentido, é inequívoca a ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica.

O valor a atribuído à indenização, no montante R$5.000,00, não se mostra excessivo tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, bem como se coaduna com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, tendo em vista os caráteres dissuasório e compensatório do dano moral, tem-se que o valor arbitrado atende, integralmente, os fins do instituto jurídico ora analisado.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso. Em razão do ora decidido, os honorários advocatícios são majorados para 20% do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001343-84.2020.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante MIGUEL APARECIDO STANCARI, são apelados EVA AMENDOLA PEREIRA, LUIS FRANCISCO PEREIRA, LAÉRCIO ANTONIO PEREIRA, LUCIANO CESAR PEREIRA e LUCAS MARCELO PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.419)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

PAULO AYROSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDATO – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – CONTRATO VERBAL – AÇÃO DE ARBITRAMENTO – ART. 22, § 2º, DA LEI Nº 8.906/94 – AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO PATROCINADA PELO AUTOR ATÉ A FASE FINAL – VALOR ARBITRADO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DISPOSTOS NA TABELA DA OAB E ESTATUTO DA OAB – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Comprovada a prestação de serviços de advocacia por parte do autor, decorrente de contrato verbal pactuado com os réus, necessário o arbitramento de valor remuneratório em consonância com o trabalho efetuado pelo advogado e de acordo com a Tabela da OAB.

VOTO

MIGUEL APARECIDO STANCARI propôs ação de arbitramento de honorários advocatícios frente a **EVA AMENDOLA PEREIRA e outros**, julgada parcialmente procedente, nos termos da r. sentença de fls. 356/358, cujo relatório se adota, para condenar os réus a pagar R$ 4.354,77 ao autor, corrigido desde a data do ajuizamento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Em vista da sucumbência recíproca, ambas as partes foram condenadas ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados por equidade em 20% do valor da condenação para o procurador de cada parte.

Inconformado, apela o autor (fls. 361/368). Aduz, em síntese, que os honorários advocatícios devidos pelos réus devem ser fixados com base no proveito econômico obtido por eles na ação de interdito proibitório patrocinada em seu favor, em que houve defesa de suas terras contra invasão do movimento sem-terra, saindo-se os mandantes vitoriosos graças à atuação do causídico ora demandante. Argumenta que referida área rural possui valor de 3 milhões de reais, como informado pelos próprios herdeiros, ora réus, por ocasião do inventário de seu genitor. Outrossim, o valor fiscal do imóvel rural é de R$ 1.699.641,54. Assim, os honorários advocatícios devidos devem ser de 20% sobre o valor da propriedade rural, que é equivalente ao proveito econômico obtido na ação de interdito proibitório, não havendo que se falar em honorários de apenas R$ 4.354,77, como disposto na Tabela da OAB. Pleiteia o provimento do recurso.

Contrarrazões, pugnando pela rejeição do apelo (fls. 377/380).

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

O autor celebrou contrato verbal de prestação de serviços de advocacia com os réus, atuando em ação de interdito proibitório (processo nº 000715-55.2014.8.26.0431), sem que houvesse contraprestação pecuniária pelos aludidos serviços. Ante a inexistência de contrato escrito entre as partes, propôs a presente ação de arbitramento de honorários advocatícios.

Restou demonstrada a prestação dos serviços pelo advogado autor, mediante atuação no processo referido desde o início até o trânsito em julgado, como se vê das petições firmadas pelo causídico no curso daquele feito (fls. 42/78 e 217/223) e procuração de fl. 79, tendo sido os mandantes vitoriosos no feito que objetivava a proteção de área rural pertencente a eles e que sofria ameaça de invasão pelo movimento sem-terra.

Assim, de rigor o recebimento de honorários advocatícios pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito da parte requerida.

Ante a falta de estipulação escrita de honorários advocatícios para a prestação de serviços, e inexistindo acordo entre os réus e o autor sobre o valor a ser pago em decorrência da atuação em Juízo, os honorários devem ser apurados em conformidade com os preceitos da Lei n° 8.906/1994, por meio de arbitramento judicial, nos termos do art. 22, § 2º, do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil Lei nº 8.906/94:

> *"Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.*
>
> § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de *juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.*
>
> § 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB".

O Código de Ética e Disciplina da OAB, a seu turno, traz os parâmetros a serem adotados para fixação dos honorários:

> *"Art. 36 – Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:*
>
> *I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;*

Acesso ao Sumário

II – o trabalho e o tempo necessários;

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII – a competência e o renome do profissional; VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos".

No caso, o advogado atuou durante todo o curso da ação de interdito proibitório, de 2014 até 2016, e pretende receber quantia remuneratória dos seus serviços, baseada no proveito econômico obtido pelos mandantes, que no entender do causídico, corresponderia ao valor do imóvel rural, de cerca de três milhões de reais, sendo-lhe devido 20% de tal montante a título de honorários advocatícios.

Ao revés do que considera o apelante, na ação patrocinada por ele em favor dos requeridos, a questão central dizia respeito à posse do imóvel rural (esbulho possessório) e não à sua propriedade, de forma que o valor do imóvel não pode ser levado em conta para a apuração do proveito econômico auferido com a vitória judicial.

Consoante bem observou o MM. Juiz 'a quo', o parâmetro a ser adotado para a remuneração do advogado deve ser aquele estabelecido na Tabela editada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Nas hipóteses de ajuizamento de ação de interdito proibitório, a Tabela da OAB vigente em 2020, época do aforamento, previa remuneração mínima do advogado no valor de R$ 4.354,77 (fl. 34), devendo ser adotado referido montante, tendo em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e considerando que houve auxílio de outro profissional para elaborar a ação, conforme testemunho colhido em Juízo e a ausência de qualquer intervenção da parte contrária, ante sua revelia, não tendo sido tampouco realizada audiência.

Destarte, resta mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, em razão do disposto no art. 85, § 11, do CPC, deixo de elevar os honorários advocatícios sucumbenciais, vez que já foram fixados em primeira instância no patamar máximo de 20% sobre a condenação.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024490-77.2021.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelada MAGALI CAMARGO MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO DAYCOVAL 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: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.968)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), NELSON JORGE JÚNIOR e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: *Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos materiais e morais – Alegação de negativa de contratação de empréstimo consignado, com indevidos descontos de valores em benefício previdenciário da autora – Ação julgada procedente em parte – Recursos de ambas as partes.

Apelação do réu – Negativa de contratação de empréstimo consignado – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva do Banco réu (art. 14 do CDC) – Banco réu não comprovou a legitimidade na contratação do empréstimo consignado impugnado e a exigibilidade das parcelas descontadas do benefício previdenciário da autora, ônus seu (art. 6º, VIII, do CDC) – Banco réu deixou precluir a oportunidade de produção da prova pericial grafotécnica – Nulidade do contrato evidenciado Inexigibilidade dos débitos – Repetição simples do indébito – Danos morais evidenciados – Damnun in re ipsa, comprovando-se com o ato ilícito da violação – Responsabilidade extracontratual – Juros moratórios incidem do evento danoso (art. 54 do STJ) – Recurso do réu negado.

Danos morais – Valor da indenização – Verba indenizatória fixada na r. sentença apelada em consonância

Acesso ao Sumário

com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, segundo a extensão do dano (art. 944 do CC), não comportando modificação – Recursos do réu e autora negados.

Recurso da autora – Devolução em dobro – Descabimento – Ausência de prova de conduta da instituição financeira ré contrária à boa-fé objetiva (EAREsp 600.663/RS) – Devolução simples do indébito – Recurso da autora negado.

Recursos negados.*

VOTO

Trata-se de ação declaratória c.c. indenização por danos materiais e morais proposta por **MAGALI CAMARGO MOREIRA** em face de **BANCO DAYCOVAL S/A**, julgada procedente em parte pela r. sentença de fls. 154/161 *"a) DECLARAR a inexistência de relação jurídica entre as partes e, por conseguinte, a nulidade do contrato apontado na exordial, bem como a inexigibilidade dos descontos efetuados no benefício previdenciário da parte autora, que deverá devolver ao réu a quantia de R$ 1.853,17 transferida para sua conta corrente, corrigida monetariamente desde a data da disponibilização (fls. 33), autorizada a compensação com os valores devidos pela parte contrária; b) CONDENAR o réu: I a restituir, de forma simples, todos os valores descontados do benefício previdenciário do autor relativamente ao contrato objeto da lide, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora de 1% ao mês, ambos contados da data dos respectivos descontos indevidos; II ao pagamento da quantia de R$ 5.000,00 a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo a partir da data desta sentença e com incidência de juros de mora de 1% ao mês desde data do evento danoso. III ao pagamento das custas processuais e honorários do patrono do autor, que fixo em R$ 1.000,00, com fundamento no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, diante da sucumbência mínima experimentada pelo autor, vencido unicamente quanto à restituição em dobro"* (fl. 161).

Apela o Banco réu, alegando inexistir falha na prestação do serviço. A autora celebrou livremente o contrato de empréstimo impugnado autorizando descontos de valores em benefício previdenciário. O contrato exibido está assinado pela autora demonstrando a legitimidade da contratação e origem do débito, não se evidenciando qualquer indício de fraude na contratação do empréstimo impugnado, impossibilitando o pedido de devolução de valores. A autora não comprovou abalo a direitos de sua personalidade, inexistindo dever do Banco réu de indenizar por danos morais. Subsidiariamente pede redução da indeniza-

Acesso ao Sumário

ção por danos morais fixada na r. sentença apelada. Os juros moratórios fluem a partir do arbitramento da indenização por danos morais. Pugna pelo provimento do recurso (fls. 175/186).

Apela a autora, sustentando que a falha na prestação do serviço do Banco réu permitindo a contratação fraudulenta de empréstimo bancário, com indevidos descontos em benefício previdenciário recebido do INSS, de natureza alimentar, é causa de intensa preocupação e ansiedade, majorando-se a verba indenizatória para R$22.000,00. Postula devolução em dobro dos valores indevidamente descontados do benefício previdenciário. Pugna pelo provimento do recurso (fls. 164/170).

Recursos processados e respondidos.

É o relatório.

VOTO.

Cuida-se de ação declaratória c.c. indenização por danos materiais e morais, alegando-se que o Banco réu realiza indevidos descontos em benefício previdenciário da autora, relativos a contrato de empréstimo consignado não contratado com o Banco réu.

Narrou a requerente na inicial ser pensionista do INSS, verificando descontos indevidos do seu benefício previdenciário de prestações de R$79,18, relativas ao contrato de empréstimo consignado nº 50-8390187/21 não contratado com o Banco requerido.

As tentativas de solução administrativa do caso restaram infrutíferas.

Pediu a procedência da ação declarando-se a inexigibilidade dos débitos relativos ao contrato de empréstimo impugnado, a restituição em dobro dos valores indevidamente descontados e danos morais.

Ao contestar, o Banco réu defendeu a legalidade da contratação do empréstimo consignado nº 50-8390187/21, no valor de R$1.853,17, autorizando a autora descontos de parcelas no valor de R$79,18 no benefício previdenciário recebido do INSS. Inexiste ato ilícito a justificar devolução de valores e danos morais (fls. 46/65).

Acesso ao Sumário

A ação foi julgada procedente em parte, por r. sentença assim fundamentada:

"Trata-se de ação declaratória em que a parte autora postula a declaração de inexistência do débito oriundo do contrato de empréstimo consignado que ensejou os descontos consignados em seu benefício previdenciário, cumulada com a repetição do indébito e indenização por danos morais. Afirma a parte autora que a contratação é fraudulenta. Negada a existência da dívida pelo consumidor, o ônus da prova de demonstrar a legalidade da cobrança é do fornecedor dos serviços. A ré apresentou em sede de contestação o contrato

comprobatório da existência de relação jurídica havida entre as partes (fls. 75/77). Entretanto, a parte autora impugnou a autenticidade das assinaturas apostas nos referidos documentos, asseverando que não foram assinados por ela, de modo que, nos termos do artigo 428, inciso I do Código de Processo Civil, fez cessar a fé de tal documento, o qual se tornou pendente de comprovação de veracidade. Tratando-se de contestação de assinatura de documento particular, o ônus da prova incumbe à parte que produziu o documento, conforme exegese do inciso II do artigo 429 do aludido diploma legal. Era da ré, portanto, o ônus de demonstrar a regularidade da autenticação eletrônica constante do documento por ela confeccionado. Nesse sentido: "EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL CÉDULA DE CRÉDITO CONTRATO ELETRÔNICO ENTRE PARTICULARES COM ASSINATURA DIGITAL CERTIFICADA PELA EMPRESA CLICKSING LOG – DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DE CONVERSÃO DA EXECUÇÃO PARA AÇÃO DE COBRANÇA, EM RAZÃO DA IRREGULARIDADE DA ASSINATURA DIGITAL DO TÍTULO AGRAVO DE INSTRUMENTO – Assinatura digital certificada por entidade não credenciada pela autoridade certificadora – Insurgência do exequente – Alegação de higidez e segurança da assinatura – Não acolhimento – Autoridade Certificadora não credenciada no órgão competente – Artigo 1º, § 2º, inciso III, alínea 'a' e art. 4ª, inciso VI, da Lei nº 11.419/2006 – Decisão mantida Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2289091-25.2019.8.26.0000; Relator (a): Marino Neto; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/04/2020; Data de Registro: 11/04/2020). Todavia, o requerido não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte autora, nos moldes do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que, mesmo, mesmo expressamente oportunizada a realização da prova técnica (fls. 146/147), a parte ré não se interessou por sua produção, imprescindível para a demonstração de idoneidade das assinaturas (fls. 152/153). Relevante salientar que o ônus da prova imposto à parte ré não constitui obrigação de requerer e custear a prova pericial, de sorte que, não provada pela instituição financeira a regularidade do mencionado contrato, a consequência jurídica é a cessação da fé do documento apresentado por ela. Nessas circunstâncias, de rigor a declaração de nulidade da cédula de crédito bancário de nº 50-8390187/21 (fls. 75/77) e de inexistência do respectivo débito, com a consequente devolução dos valores descontados do benefício previdenciário da autora e a restituição à instituição financeira do valor depositado a título de empréstimo na conta bancária da autora, como corolário lógico do reconhecimento da nulidade do contrato, visando afastar o locupletamento ilícito e prestigiar tanto quanto possível a premissa status quo ante. A restituição dos valores indevidamente descontados é devida na

Acesso ao Sumário

forma simples e não em dobro, dada a inexistência nos autos de prova de má-fé do banco réu. Nesse sentido: "Agravo regimental. Contrato bancário. Ação revisional. Repetição do indébito em dobro. Impossibilidade. A autorização da repetição em dobro do indébito pressupõe a existência de pagamento indevido e má-fé do credor". (AgRg no AREsp 460.383/RJ, E. 3ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 03/04/2014)." Nesse sentido: "CARTÃO DE CRÉDITO – Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com restituição de valores e indenização por danos morais Improcedência – Cartão de crédito consignado com autorização para desconto em benefício previdenciário (RMC) – Alegação de falsidade da assinatura aposta na proposta de adesão ao cartão de crédito – Ônus da prova que incumbia à instituição financeira, nos termos do artigo 429, inciso II do Código de Processo Civil Prova não produzida – Valor creditado restituído em seguida a corroborar falta de adesão – Pedido declaratório e de inexigibilidade, acolhidos – Repetição de indébito – Devolução dos valores descontados do benefício de previdenciário da autora, de forma simples, atualizado pela tabela de débitos judiciais e acrescido de juros de mora legais da data dos desembolsos (STJ, Súmula 54) – Dano moral, nas circunstâncias, não caracterizado – Indenização indevida – Decaimento recíproco – Adequação dos ônus – Sentença substituída – Recurso parcialmente provido." (TJSP; Apelação Cível 1004468-88.2018.8.26.0024; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Andradina – 2ª Vara; Data do Julgamento: 20/05/2019; Data de Registro: 20/05/2019). Daí advém a parcial procedência da ação. Importante destacar que a mera transferência do valor do empréstimo objeto da lide para conta bancária da parte autora é inábil para caracterizar a existência da contratação, uma vez que constitui ato unilateral da instituição financeira oriunda do negócio jurídico cuja idoneidade não foi capaz de comprovar. A devolução pela autora da importância transferida pelo réu em sua conta corrente, se dará pelo valor depositado, corrigido monetariamente a partir da data da disponibilização, sem incidência de juros, autorizando-se a compensação com os valores de natureza indenizatória devidos pelo réu. Nesse sentido: "Contrato bancário. Ação declaratória de inexistência de débito. Indenização por danos morais e materiais. Empréstimo consignado RMC com desconto na aposentadoria do autor sem sua autorização por terceiro fraudador. Responsabilidade objetiva. Fortuito interno. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Prescrição. Inocorrência. Não está prescrita a pretensão do autor, pois as parcelas do referido empréstimo estão sendo descontadas em sua conta até os dias atuais. Prazo prescricional que é o mesmo da ação de cobrança, de 5 anos a contar da última parcela. Dano moral configurado.

Acesso ao Sumário

Falha na prestação de serviço. O dano moral restou caracterizado pelos transtornos que o autor passou na tentativa de demonstrar que não efetuou o empréstimo. Trata-se de dano in re ipsa, sendo despiciendo perquirir a respeito da prova do prejuízo moral, que decorre do próprio fato danoso. O valor da reparação do dano moral fixado em R$ 5.000,00, é adequado, pois arbitrado dentro de um critério de prudência e razoabilidade. Repetição do indébito. De forma simples naquilo que exceder o devido. A repetição do indébito deve ocorrer de forma simples, uma vez que não restou comprovada a má-fé do réu, já que o contrato foi declarado fraudulento somente em juízo. Devolução dos valores depositados na conta do autor Uma vez que o negócio jurídico foi declarado inexistente, o valor depositado na conta do autor deve ser devolvido para o réu, ou seja, volta-se para o "status quo ante". Apelação parcialmente provida." (TJSP; Apelação Cível 1000067-42.2021.8.26.0638; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupi Paulista – 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/09/2021; Data de Registro: 22/09/2021). No tocante ao pleito indenizatório fundado em dano moral, resta caracterizada a responsabilidade civil do réu que responde objetivamente pelo ilícito. Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade dos fornecedores é objetiva, a teor do que estabelecem os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, de maneira que, diversamente do alegado pelo réu, o elemento culpa é dispensável para a configuração da responsabilidade civil, bastando a presença do nexo de causalidade e o dano. A tese de exclusão da responsabilidade civil em decorrência de culpa exclusiva de terceiro é incabível no caso em tela, tendo em vista que a responsabilidade da prestadora de serviços perante o consumidor quanto à prática de fraudes perpetradas por terceiros é de natureza objetiva e advém do risco de sua própria atividade. Nesse sentido: "RESPONSABILIDADE CIVIL Inscrição do nome do demandante em cadastros restritivos de órgãos de proteção ao crédito Reconhecimento, pela própria ré, da ilegitimidade da dívida anotada, proveniente de contratação fraudulenta – Fraude praticada por terceiro a não configurar excludente de responsabilidade – Risco da atividade – Responsabilidade objetiva – Dever de indenizar caracterizado – Dano moral "in re ipsa", decorrente do simples fato da negativação irregular, sendo despicienda sua prova, bastando a existência do nexo de causalidade Valor Fixação em R$8.000,00 – Manutenção – Observância do princípio da razoabilidade, das características do caso concreto e da finalidade de desestimular condutas como as dos autos, sem favorecer o enriquecimento sem causa do lesado. JUROS DE MORA Dano moral Responsabilidade extracontratual – Termo inicial – Data do evento danoso ou, como reconhecido pelo r. "decisum", data da ciência do autor acerca da negativação indevida, o que não foi objeto de recurso por sua parte – Súmula 54 do C. STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA – Dano moral –

Acesso ao Sumário

Responsabilidade extracontratual – Termo inicial – Data do arbitramento (sentença) – Súmula 362 do C. STJ. SUCUMBÊNCIA – Honorários de advogado Arbitramento em 20% sobre o valor atualizado da condenação Redução Descabimento, sob pena de aviltamento da profissão. Recurso não provido". (TJSP; Apelação Cível 1125428-39.2018.8.26.0100; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/08/2019; Data de Registro: 16/08/2019). No caso dos autos, os sentimentos de dor, sofrimento, angústia e frustração são inegáveis, pois a parte autora se viu indevidamente privada de valor de seu benefício previdenciário, o que não pode ser considerado mero dissabor ou desassossego. Houve, enfim, abalo aos seus direitos da personalidade, em razão de ato ilícito praticado pelo banco réu. Destarte, comprovados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil da parte requerida, deve ela ser condenada ao pagamento dos danos imateriais causados em virtude das perturbações de ordem moral suportadas pela parte autora. Os parâmetros para a fixação do "quantum" são conhecidos: o valor deve ser suficiente para proporcionar alguma compensação ao ofendido e também para alertar o ofensor, considerando-se a capacidade econômica dos envolvidos. Deve se basear em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sem permitir o enriquecimento do lesado à custa do ofensor, mas que seja suficiente para a efetiva reparação da lesão causada e coibir a repetição da conduta ofensiva. Levando-se em consideração as condições sociais e econômicas das partes e o grau de sofrimento provocado pela ofensa, arbitra-se a verba indenizatória em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia suficiente para compensar os prejuízos imateriais da autora, sem promover locupletamento e, concomitantemente, punir o ofensor de forma adequada. Nesse sentido: "CONTRATO BANCÁRIO Alegada ausência de contratação e autorização para os descontos efetuados nos proventos de aposentadoria da autora sob a denominação "empréstimo sobre a RMC", relativamente a margem consignável de cartão de crédito não solicitado Sentença de procedência parcial Insurgência da autora ao fundamento de que sofreu dano moral passível de reparação Alegação procedente – Dano moral configurado – Damnum in re ipsa – Indenização devida – Arbitramento realizado segundo o critério da prudência e razoabilidade – Devolução dos valores depositados na conta-corrente da autora determinada – Admissibilidade de compensação entre créditos e débitos – Recurso do réu provido e recurso da autora provido em parte." (TJSP; Apelação Cível 1014708-92.2018.8.26.0071; Relator (a): Correia Lima; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/11/2020; Data de Registro: 18/11/2020). "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Aplicação do Código de Defesa do

Consumidor – Cartão de crédito – Falha na prestação dos serviços – Dívida contraída por terceiro desconhecido Fraude – Cobrança indevida – Reconhecimento da inexistência de relação jurídica contratual entre as partes Responsabilidade do Réu configurada Dever de indenizar os danos materiais suportados pela Autora Repetição dos valores indevidamente pagos – Danos morais Caracterização Aborrecimentos e transtornos decorrentes da cobrança indevida – Indenização devida Fixação em R$ 5.000,00 – Sentença mantida – Recurso improvido". (TJSP; Apelação 1000120-87.2014.8.26.0405; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2015; Data de Registro: 29/10/2015). A fixação da indenização por dano moral em montante inferior ao pretendido na inicial leva à parcial procedência da demanda, sem, contudo, refletir na sucumbência, consoante Súmula nº 326 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Os juros de mora, na hipótese, devem obedecer ao disposto na Súmula 54 do Colendo Superior Tribunal de Justiça que assim dispõe: "Os juros moratórios fluem a partir do, em caso de responsabilidade extracontratual". No caso vertente, a data do evento danoso consiste na data da averbação do desconto em benefício previdenciário".

Nega-se provimento aos recursos.

INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, prestando o Banco réu serviço de natureza bancária, inserindo-se no contexto dos artigos 2º, 3º e 17 do CDC e verbete 297 do STJ.

A responsabilidade do Banco réu, como prestador de serviços, é objetiva e só elidida nas hipóteses de caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima (art. 14, caput e § 3º daquele Codex), sendo do Banco o ônus da produção de provas nesse sentido, pela regra de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC).

Tal entendimento decorre da teoria do risco do negócio, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, a qual, segundo lição de Carlos Roberto Gonçalves ***"funda-se no pressuposto de que o banco, ao exercer sua atividade com fins de lucro, assume o risco dos danos que vier a causar. A responsabilidade deve recair sobre aquele que aufere os cômodos (lucros) da atividade, segundo o basilar princípio da teoria objetiva: Ubi emolumentum, ibi onus"*** (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª Edição, 2003, p. 339).

A autora sustentou na inicial não contratou com o Banco réu o empréstimo consignado nº 50-8390187/21, no valor de R$1.853,17, não autorizando os descontos mensais, de R$79,18, em seu benefício previdenciário.

Assim, caberia ao Banco réu demonstrar a licitude da contratação do empréstimo impugnado e a exigibilidade das parcelas descontadas em benefício

Acesso ao Sumário

previdenciário da autora, ônus seu (art. 6º, VIII, do CDC), prova essa não produzida.

Ao contestar o Banco réu defendeu a legalidade da contratação do empréstimo consignado nº 50-8390187/21, no valor de R$1.853,17, autorizando a autora descontos de parcelas no valor de R$79,18 no benefício previdenciário recebido do INSS. Inexiste ato ilícito a justificar devolução de valores e danos morais (fls. 46/65).

O Banco requerido exibiu cópia de contrato de empréstimo representado pela cédula de crédito bancário nº 50-8390187/21, de 2/1/2021 e documentos pessoais apresentados no ato da contratação e autorização de descontos em folha de pagamento (fls. 75/77). Alegou que referido contrato foi livremente subscrito pela autora, com expressa autorização de descontos das parcelas em benefício previdenciário, infirmando a alegação de contratação fraudulenta do empréstimo impugnado.

A d. Juíza a quo determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir, consignando caberia ao Banco réu o ônus da prova quanto a autenticidade do contrato exibido (art. 429, II, do CPC) (fls.146/147).

O Banco requerido manifestou-se no sentido de não possuir *"interesse em arcar com os custos da realização da prova pericial, renunciando sua faculdade à produção da referida prova, requerendo assim, o julgamento da lide no estado em que se encontra"* (fl. 153), deixando precluir a oportunidade de produção da prova grafotécnica imprescindível à comprovação da autenticidade da assinatura no contrato.

Dessa forma, não comprovou o Banco ter a autora efetivamente contratado o empréstimo consignado impugnado, que legitimaria a realização de descontos mensais das prestações no benefício previdenciário da autora, ônus que incumbia ao Banco produzir (art. 6º, VIII, do CDC).

Portanto, não merece censura a r. sentença apelada ao declarar inexigíveis os débitos relativos ao contrato de empréstimo consignado nº 50-8390187/21, no valor de R$1.853,17, com parcelas de R$79,18, determinando a repetição simples dos valores comprovadamente descontados em benefício previdenciário da autora, admitida a compensação de valores, desprovendo-se o apelo do Banco requerido.

Sobre o tema, precedentes do TJSP, inclusive desta C. Câmara:

Ação declaratória de inexistência de relação contratual cumulada com indenização por danos morais e repetição de indébito em dobro. Empréstimo com desconto no benefício previdenciário da autora. Alegação de fraude. Julgamento antecipado da lide. Sentença de parcial procedência e procedência do pedido reconvencional. Determinação de perícia. Réu que não cumpriu determinação judi-

Acesso ao Sumário

cial de apresentação do contrato original. Três oportunidades para apresentá-lo. Inércia. Preclusão. Banco réu que não se desincumbiu do ônus de demonstrar, oportunamente, a veracidade da assinatura contestada. Devolução dos valores descontados que deverá se dar de forma simples com juros de mora a partir de cada desconto indevido. Ausência de má-fé. Danos morais. Critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Quantum mantido. Juros de mora a partir do primeiro desconto indevido. Súmula 54 do STJ. Ônus sucumbências a cargo do réu. Sentença reformada. Recurso do réu desprovido e da autora parcialmente provido, com fixação da verba honorária. (TJSP; Apelação Cível 1005137-66.2020.8.26.0576; Relator (a): Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/01/2022; Data de Registro: 27/01/2022).

Consumidor e processual. Bancário. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de restituição de valores e indenizatório. Sentença de parcial procedência. Pretensão à reforma manifestada pelo réu. Viabilidade em parte. Réu que não se desincumbiu de provar a regularidade das transações impugnadas e neste recurso se limita a tecer considerações sem potência para alterar a solução dada à causa. A fraude perpetrada por terceiro não afasta a responsabilidade que decorre do risco da atividade exercida. Obrigação de fazer. Cabível a cominação de multa diária como medida de apoio, cujo valor ou limite nada autoriza seja reduzido. Repetição do indébito que deve ser feita, mas de maneira simples e não em dobro. Má fé ou engano injustificável não caracterizados. Recurso acolhido somente nessa parte. Verba honorária sucumbencial devida pela apelante, ainda que em menor valor dado o parcial provimento de seu recurso. Princípio da sucumbência. Artigo 85, caput e § 2º, do Código de Processo Civil. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJSP; Apelação Cível 1002110-33.2020.8.26.0008; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII – Tatuapé – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2020; Data de Registro: 30/11/2020).

Data vênia da alegação da autora, o reconhecimento da ilegalidade da cobrança não autoriza a restituição do indébito de forma dobrada, mas simples, por não se evidenciar conduta contrária à boa-fé objetiva do Banco requerido.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EAREsp 600663/RS, 622897/RS, 664888/RS, 676608/RS e no julgamento do EREsp 1413542/RS, submetidos ao rito dos recursos especiais repetitivos, fixou a seguinte tese sobre o tema:

Acesso ao Sumário

"TESE FINAL 28. Com essas considerações, conhece-se dos Embargos de Divergência para, no mérito, fixar-se a seguinte tese: A REPETIÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC, É CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA, OU SEJA, DEVE OCORRER INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO". (EAREsp 600.663/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2020, DJe 30/03/2021).

Por isso, a repetição do indébito de fato deve ocorrer de forma simples, como bem decidiu a d. Juíza a quo na r. sentença apelada, desprovendo-se o recurso da autora.

Nesse sentido:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FRAUDE NA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO VINCULADO À CARTÃO DE CRÉDITO. Autor que se deparou com descontos indevidos em seu benefício previdenciário. Perícia grafotécnica realizada nos autos comprovou que a assinatura do contrato não foi feita de próprio punho pelo autor. Demanda julgada procedente para condenar o réu a restituir em dobro os valores indevidamente descontados. Inconformismo do réu. Recurso parcialmente acolhido. Fraude que foi comprovada por meio da perícia grafotécnica. Hipótese de engano justificável. Devolução simples. Precedentes deste E. Tribunal. CUSTAS, DESPESAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Réu que deverá arcar integralmente com as custas e despesas processuais, e com os honorários advocatícios. Autor que decaiu minimamente de seus pedidos. Aplicação, na hipótese, do disposto no parágrafo único do art. 86 do CPC. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1004717-40.2019.8.26.0077; Relator (a): Nuncio Theophilo Neto; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/01/2022; Data de Registro: 18/01/2022).

Os danos morais estão evidenciados.

A contratação fraudulenta de empréstimo consignado, com descontos mensais de valores em benefício previdenciário da autora, de natureza alimentar, sem que o Banco réu solucionasse o problema administrativamente de forma célere e eficaz, acarreta natural preocupação e ansiedade, constituindo causa suficiente a gerar obrigação de indenizar, cuja prova, porque afeta direitos da personalidade, conforma-se com a mera demonstração do ilícito, haja vista que

Acesso ao Sumário

na espécie a responsabilização do agente causador opera-se por força do simples fato da violação ***(damnum in re ipsa)***.

Nesse sentido, precedentes:

Declaratória c.c. indenização – Empréstimos não celebrados pela autora – Descontos indevidos no benefício previdenciário – Dano moral reconhecido em Primeiro Grau – Quantum indenizatório – Elevação – Necessidade – Recurso provido. (Relator(a): Souza Lopes; Comarca: Ipuã; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/08/2016; Data de registro: 24/08/2016)

RESPONSABILIDADE CIVIL – Comprovado o defeito de serviço, consistente em indevido desconto de valores no benefício previdenciário da parte autora, em decorrência de operações fraudulentas, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do banco réu na obrigação de indenizar o autor pelos danos decorrentes do ilícito em questão. DANO MORAL – O desconto indevido de valores em benefício previdenciário constitui, por si só, fato ensejador de dano moral – O fato de o banco réu ter creditado o valor emprestado em conta bancária do autor não afasta o reconhecimento da existência de dano moral, porquanto referida quantia foi depositada indevidamente em sua conta, decorrente de contrato fraudulento, e sequer foi movimentada pelo autor, que ainda tentou solucionar tal questão no âmbito administrativo, sem obter êxito, sendo certo que a ilícita apropriação de verba alimentar para satisfação de débito de contrato fraudulento constitui fato ensejador de dano moral, com gravidade suficiente para causar desequilíbrio do bem-estar e sofrimento psicológico relevante, e não mero aborrecimento, que faça parte da normalidade do cotidiano – Condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R$17.600,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento. Recurso provido, em parte. (Relator(a): Rebello Pinho; Comarca: Olímpia; Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/08/2016; Data de registro: 17/08/2016)

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação ordinária de indenização por dano material e moral – Indevida contratação de mútuo bancário por terceiro em nome do autor – Descontos indevidos na conta-corrente e no benefício previdenciário do acionante – Negligência da instituição financeira configurada – Dano moral configurado – Damnum in re ipsa – Arbitramento realizado segundo o critério da prudência e razoabilidade – Procedência decretada nesta instância ad quem – Recurso provido. (Relator(a): Correia Lima; Comarca: Cosmópolis;

Acesso ao Sumário

Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/05/2016; Data de registro: 26/05/2016)

DANO MORAL. Descontos indevidos no benefício previdenciário do consumidor. Indenização. Cabimento. Danos morais demonstrados na espécie: É de rigor a reparação dos danos morais causados ao consumidor em razão dos transtornos advindos de descontos realizados, de forma indevida, em seu benefício previdenciário, haja vista que as consequências danosas superam e muito a noção de mero aborrecimento. DANO MORAL. Fixação que deve servir como repreensão do ato ilícito – Enriquecimento indevido da parte prejudicada – Impossibilidade – Razoabilidade do quantum indenizatório: A fixação de indenização por danos morais deve servir como repreensão do ato ilícito e pautada no princípio da razoabilidade sem que se transforme em fonte de enriquecimento indevido da parte prejudicada. Bem por isso, à luz do princípio da razoabilidade, tem-se que a indenização arbitrada pelo Juízo de Primeiro Grau deve ser mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação nº 0009806-47.2010.8.26.0604, 24ª Câmara de Direito Privado, Relator: Nelson Jorge Júnior; j. 11/12/2014).

Caracterizado o dano moral, o valor da indenização deve ser fixado em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, segundo a extensão do dano (art. 944 do CC).

Ademais deve ter caráter preventivo, com o fito da conduta danosa não voltar e se repetir, assim como punitivo, visando à reparação pelo dano sofrido.

Não deve, todavia, transformar-se em objeto de enriquecimento sem causa devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Sobre o tema, discorreu Cavalieri Filho: *"na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade*

Acesso ao Sumário

da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes". (Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 90).

Assim, levando-se em consideração o caso concreto, afigura-se razoável o valor da indenização fixada na r. sentença apelada em R$5.000,00 (cinco mil reais), em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a extensão do dano (art. 944 do CPC), não comportando modificação, negando-se provimento aos recursos da autora e réu.

Conforme orientação do STJ: ***"a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta".*** (STJ, REsp. nº 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/09/01).

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios da indenização dos danos morais contam-se do evento danoso, em consonância com a súmula 54 do STJ, conforme bem decidiu a d. Juíza a quo na r. sentença apelada.

O STJ tem jurisprudência pacífica sobre o tema:

> É assente neste Tribunal o entendimento de que os juros de moratórios incidem desde a data do evento danoso em casos de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54 do STJ. (AgRg no AREsp 657420/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., DJ 01/12/2015, DJe 07/12/2015).
>
> **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os "os juros moratórios, em caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir da data do evento danoso, nos Termos da Súmula 54/ STJ. Incidência da Súmula 83-STJ** (STJ, AgRg no AREsp 422.570/ MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2013)" (AgRg no Resp 1543405/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª T., DJ 05/11/2015, DJe 19/11/2015).

Assim, por tais fundamentos, nega-se provimento aos recursos do réu e da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014681-97.2020.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes BANCO

Acesso ao Sumário

DO BRASIL e JNK EMPREENDIMENTOS, ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, é apelada LUANA CRISTINA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.071)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente sem voto), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, Relatora

Ementa: Apelação. Relação de Consumo. Compromisso de Compra e Venda. Atraso injustificado na entrega de imóvel. Construtora e Instituição Bancária condenadas, solidariamente, ao pagamento de indenização por lucros cessantes e restituição das quantias relativas aos juros de obra. Recurso interposto, apenas, pela Instituição Bancária. Legitimidade passiva verificada no caso concreto. Responsabilidade da corré apelante, todavia, que deve ser afastada. Instituição Bancária que não deu causa ao atraso e, tampouco, é responsável pela fiscalização do cronograma da obra. Inteligência do artigo 14, § 3º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Condenação que deve recair, apenas, sobre a Construtora ré. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença (fls. 501/510), cujo relatório se adota, que, nos autos de ação indenização, julgou parcialmente procedente o mérito da demanda, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para condenar os corréus, solidariamente, a pagar o valor correspondente a 0,5% do valor atualizado do imóvel para cada mês, ou fração de mês, de atraso na entrega do imóvel, a partir de 27/12/2017 até a efetiva entrega das chaves, a título de lucros cessantes; restituir as quantias relativas juros de obra comprovadamente pagas pela autora após 27/12/2017, ambos com incidência de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo a partir da data do efetivo prejuízo e juros de mora de 1% ao mês contados da citação. Ainda, confirmou a tutela provisória de urgência outrora deferida, consubstanciada em *"medida de urgência no sentido de se intimar as*

Acesso ao Sumário

rés para que não incluam o nome da autora no rol de inadimplentes perante os órgãos de proteção ao crédito (com relação ao contrato objeto destes autos);" (fl. 216).

Inconformado, apela o corréu Banco do Brasil. Defende, em síntese, a necessidade de total reforma da sentença. Arguiu, inicialmente, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da relação jurídica processual, porquanto apenas figurou como credor fiduciário e hipotecário no feito, sem qualquer interferência ou responsabilidade pelos fatos narrados. Doravante, aponta que não tem responsabilidade pelos fatos narrados, conforme a regra do artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Argumenta que atrasos e vícios construtivos são de responsabilidade exclusiva da construtora, não havendo que se falar em solidariedade. Aduz que, diante de sua atividade empresarial, sequer poderia intervir no andamento da obra. Tece considerações acerca da forma de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência. Argumenta que a fixação de honorários por equidade representa critério subsidiário. Argumenta que a parte autora deve ser compelida a demonstrar o pagamento de impostos, taxas e encargos incidentes sobre o imóvel. Alega que não se pode falar em danos morais, haja vista que se trata de mero aborrecimento. Impugna o quantum indenizatório. Argumenta que os honorários de sucumbência fixados são excessivos. Pleiteia, pois, seja dado provimento ao recurso, conforme razões aduzidas (fls. 513/530).

Houve resposta (fls. 543/556).

É o relatório.

O recurso interposto comporta parcial provimento.

De proêmio, não há que se falar em ilegitimidade passiva do corréu Banco do Brasil.

Com efeito, a regra do artigo 17 do Código de Processo Civil, preceitua que, para postular em Juízo, é preciso ter interesse e legitimidade. Sobre o tema, Swarai Cervone de Oliveira aduz que *"as condições da ação, no NCPC, resumem-se à legitimidade de parte e ao interesse de agir.* ***A primeira traduz-se pela pertinência subjetiva para compor um dos polos da relação jurídica processual****. O segundo resolve-se pela somatória entre adequação, necessidade e utilidade do provimento jurisdicional buscado."* (grifei) (SANTOS, Silas Silva et al – coordenadores. Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da Magistratura. 2º Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2020).

No caso dos autos, é incontroverso que o corréu apelante figura na avença como credor hipotecário e credor fiduciário. Logo, à luz de tal conjuntura, verifica-se a total pertinência subjetiva da ré para figurar no polo passivo da relação jurídica processual, de modo que não se pode falar em ilegitimidade. A efetiva responsabilização da corré apelante pelo pagamento de lucros cessantes e restituição de taxa de evolução de obra – matéria que será apreciada abaixo –,

Acesso ao Sumário

portanto, é questão que não se relaciona com a temática relativa à legitimidade.

Ultrapassado o óbice técnico, tem-se por que a relação entabulada entre autora e corréus, realmente, encontra-se sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, nos termos de seus artigos 2º e 3º. Todavia, o caráter consumerista da relação negocial entabulada entre as partes não tem o condão de resulta na automática procedência de todos os pedidos formulados pelo consumidor.

Com efeito, o arcabouço probatório dos autos demonstrou, à exaustão, o atraso nas obras. Nos moldes do que fundamentou o Juízo a quo: *"O contrato prevê, em sua cláusula 34 (fl. 35), o término das obras para o dia 01/07/2017, com tolerância de 180 dias. Não há, até o presente momento, nenhum indicativo de que o empreendimento foi finalizado tampouco que houve a entrega das chaves à autora."* (fl. 505).

Todavia, e respeitado o entendimento do Juízo a quo, tem-se que o atrasar da obra – e as consequências de tal circunstância – não pode ser imputado à Instituição Bancária apelante, haja vista que não tem responsabilidade e, tampouco, deu causa ao atraso injustificado na entrega do imóvel. Aplica-se ao caso, portanto, a regra do artigo 14, §3º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, consoante bem fundamentou o insigne Desembargador José Joaquim dos Santos em caso análogo, *"não se pode olvidar que a atuação do banco corréu se restringiu à atividade de agente financeiro, de modo que sua responsabilidade está limitada ao fornecimento de numerário para a realização do empreendimento e não alcança a fiscalização do cronograma da construção."* (TJSP; Apelação Cível 1003791-65.2021.8.26.0602; Relator (a): José Joaquim dos Santos; 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/10/2022; Data de Registro: 06/10/2022).

No mesmo sentido, julgados deste E. Tribunal de Justiça:

*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Imóvel – Ação de rescisão contratual com devolução de valores e indenização por danos morais – Sentença de parcial procedência do pedido – Inconformismo manifestado – **Banco corréu que não assumiu o dever de fiscalização das obras, resguardando para si apenas o direito de liberar o financiamento de acordo com sua progressão – Agente financeiro, no caso, que não é responsável pelo atraso** – Extinção sem resolução de mérito do pedido contra ele formulado que se fazia de rigor – Demais preliminares suscitadas rejeitadas – Inconformismo quanto ao mérito – Descabimento – Imóvel para entrega futura Paralisação das obras – Construtora em recuperação judicial – Restituição da integralidade dos valores pagos que se fazia de rigor Juros de obra que não eram exigíveis da autora no período de atraso – Danos morais configurados – Quantum indenizatório*

Acesso ao Sumário

bem arbitrado – Consectários sucumbenciais decorrentes do resultado do julgamento do mérito que devem ser integralmente carreados à ré – Sentença reformada – Recurso do banco réu provido – Recurso da autora parcialmente provido – Recurso da construtora ré improvido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1000598-81.2017.8.26.0602; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2022; Data de Registro: 09/02/2022)

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Atraso na obra – Deferimento do processamento da recuperação judicial que não enseja a suspensão do processo, no qual se demanda quantia ilíquida, nos termos do art. 6º, § 1º, da lei 11.101/05 – Relação regida pelo CDC, como previsto nos artigos 2º e 3º da lei – Resistência à pretensão do autor que evidencia o interesse processual – Atraso incontroverso – Entraves administrativos e dificuldades com a mão de obra que não se afiguram caso fortuito ou força maior nos termos da súmula 161 deste tribunal Lucros cessantes devidos, de 0,5% do valor da transação por mês de atraso Irrelevância da finalidade do negócio Privação de uso pelo tempo que perdurou do vencimento do prazo de tolerância de 180 dias até a efetiva entrega das chaves – ***Responsabilidade pelo atraso que, no entanto, não pode ser atribuída ao agente financeiro Contrato que atribuía ao banco a possibilidade de acompanhamento da obra apenas para fins de liberação de recursos, sem atribuir a ele qualquer responsabilidade fiscalizatória – Solidariedade inexistente*** *– Precedentes – Responsabilidade do banco afastada – Recurso da instituição financeira provido – Recurso da construtora desprovido.* (TJSP; Apelação Cível 1003715-46.2018.8.26.0602; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; 6ª Câmara de Direito Privado; j. 08/11/2021; Data de Registro: 08/11/2021)

Portanto, na medida em que a Instituição Bancária apelante não é responsável pelo atraso, não pode ser compelida ao pagamento de lucros cessantes provenientes no atraso injustificado para a entrega do imóvel, haja vista que não deu causa aos danos materiais experimentados pela autora.

Quanto à restituição da taxa de evolução de obra, tal obrigação também não pode ser imputada à Instituição Bancária apelante.

Validamente, "juros de obra", ou "juros de evolução da obra", ou "taxa de evolução da obra" nada mais é que os juros remuneratórios incidentes sobre o empréstimo que a própria construtora realiza com sua financiadora, e transfere, contratualmente, aos promissários compradores, amortizados no saldo devedor.

Entretanto, tal repasse é legal até a conclusão da obra, ou, no caso de atraso, até o prazo previsto para tanto, considerando-se, obviamente, o prazo

Acesso ao Sumário

de tolerância. Ultrapassando-se uma das hipóteses descritas, a continuidade do repasse da construtora para os compromissários compradores torna-se ilícita; respondendo exclusivamente a construtora.

Aliás, há Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva já julgado neste Egrégio Tribunal tratando do assunto:

> ***(...) Tema 06 –*** "É ilícito o repasse dos ***"juros de obra", ou "juros de evolução da obra", ou "taxa de evolução da obra", ou outros encargos equivalentes após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves da unidade autônoma, incluído período de tolerância".*** (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0023203-35.2016.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: Turma Especial – Privado 1; Foro de Piracicaba – 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2017; Data de Registro: 02/10/2017) (grifos não originais)

Portanto, discutindo-se o repasse de tal taxa para o compromissário comprador em período posterior ao devido, e não a legalidade do contrato celebrado entre construtora e banco financiador da obra, a responsabilidade por eventual condenação à restituição é apenas da construtora ré, e não da instituição financeira. Mesmo porque, ***o atraso da construção é responsabilidade exclusiva da construtora***. Assim já se manifestou este Tribunal:

> *COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Imóvel adquirido pelo autor, cujas chaves já foram entregues, embora ainda não tinha sido expedido o "habite-se"* ***– Juros de obra que não podem ser exigidos após a entrega do imóvel, ou em caso de mora na entrega – Sentença que condenou as construtoras e o Banco do Brasil a restituir os valores cobrados a esse título – Ilegitimidade do Banco reconhecida, não podendo ser a ele imputada qualquer demora na conclusão da obra ou obtenção do "habite-se" – Legitimidade das construtoras para responder pelos valores indevidamente cobrados após a entrega das chaves*** *– Tema 06 do IRDR no. 0023203.35.2016.8.26.0000 – Restituição determinada, de forma simples pela r. sentença – Danos morais, porém, que devem ser afastados – Inadimplemento contratual que não ocasiona violação aos direitos da personalidade – Mero aborrecimento – Recurso do Banco provido – Recurso das construtoras parcialmente provido.* (TJSP; Apelação Cível 1005903-49.2017.8.26.0019; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/05/2020; Data de Registro: 19/05/2020) (grifos não originais)

Portanto, verifica-se que apenas a corré construtora é responsável pela restituição das quantias relativas juros de obra comprovadamente pagas pela autora após 27/12/2017, não havendo que se estender tal obrigação à Instituição

Acesso ao Sumário

Financeira, ora apelante.

Do exposto, inobstante a corré apelante, Banco do Brasil, seja parte legítima para figurar no polo passivo da relação jurídica processual, o recurso comporta parcial provimento para afastar a condenação imposta pela sentença, consubstanciada na indenização por lucros cessantes e na restituição das quantias relativas aos juros de obra pagos pela autora. Tal responsabilização deve recair, única e exclusivamente, sobre a construtora corré.

Por fim, no que tange aos encargos sucumbenciais, tem-se que a Instituição Bancária não foi responsável pelo atraso e, por conseguinte, à luz do princípio da causalidade, não pode ser condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios em favor da autora. Logo, os encargos sucumbenciais devem ser carreados integralmente à Construtora corré, mantendo-se a forma como fixados e distribuídos os ônus sucumbenciais pela sentença.

No mais, dado parcial provimento ao recurso interposto, não há que se falar em fixação de honorários advocatícios recursais em favor de qualquer das partes (EDcl no AgInt no Recurso Especial Nº 1.573.573 – RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Belizze Terceira Turma, transitado em julgado em 01/07/2017).

Restam, assim, prequestionadas e decididas, nestes autos, todas as questões suscitadas e controvertidas, na medida da pertinência e relevância que encerram para o *thema decidendum.*

Ante o exposto, ***dá-se parcial provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005731-25.2020.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante WALTER LUIS BARBOSA FERNANDES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.033)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente sem voto), ISSA AHMED e GOMES VARJÃO.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Cumprimento de sentença. Autor-exequente que alegou descumprimento da ré em relação a sentença e acordo firmado entre as partes, cobrando multa pelo descumprimento. Sentença de extinção, nos termos do art. 485, VI, do CPC, por falta de interesse processual. Recurso do autor que não merece prosperar. Conjunto probatório dos autos que não comprovam o descumprimento pela ré da determinação de não proceder cobranças em relação ao contrato rescindido, conforme sentença e acordo firmado entre as partes. Ré que comprovou o cumprimento do acordo nos autos principais, demonstrando que as parcelas estavam registradas como pagas. Mensagens SMS e via WhatsApp sem indicação de data, com conteúdo que não faz referência ao contrato objeto da ação. Relação de ligações recebidas pelo autor que não comprovam descumprimento do acordo. Não bastaria a identificação do titular das linhas, sendo necessário que o conteúdo das conversas se referisse ao contrato rescindido. Impossibilidade da ré produzir prova negativa, de que não efetuou cobrança em relação ao contrato rescindido. Autor que não apresentou a gravação de nenhuma conversa telefônica para comprovar suas alegações. Sentença mantida. Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por Walter Luis Barbosa Fernandes, em face da sentença de fls. 207/208, proferida nos autos da ação de cumprimento de sentença, promovida contra a Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A.

A ação foi julgada extinta, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, condenando a Autora-exequente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor em execução, ressalvada a gratuidade judiciária concedida.

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 222).

A sentença foi disponibilizada no DJe de 18/08/2021 (fls. 210) e a decisão dos embargos, no DJe de 19/04/2022 (fls. 224).

Recurso tempestivo. Preparo não recolhido em razão da concessão da

Acesso ao Sumário

gratuidade nos autos principais (fls. 231/232). Autos digitais, porte de remessa e de retorno dispensado conforme art. 1.007, § 3º, do CPC. Contrarrazões às fls. 236/239.

O Autor-exequente requer a reforma da sentença. Alega que ajuizou ação de rescisão contratual e indenização por danos materiais e morais contra a empresa revendedora de veículos (Romera & Filho) e a Financeira, ora executada, julgada procedente para declarar a rescisão do contrato de compra e venda, restituição dos valores pagos e estipulação de multa contra as cobranças indevidas da Financeira.

Aduz que a Ré não cumpriu com a sentença e acordo firmado entre as partes porque desde o início da pandemia, em março/2020, iniciou cobranças indevidas, de forma insistente, por telefone, mensagem e WhatsApp. Sustenta que produziu as provas que estavam a seu alcance (fls. 22/82), solicitou a inversão do ônus da prova, informou a quantidade de vezes que recebeu cobranças indevidas em seu número.

Entende que os documentos de fls. 4 e 6 comprovam as mensagens enviadas pelo Banco Santander, responsável pelos créditos da Ré, com as cobranças indevidas. Indica que houve comprovação de que recebeu inúmeras ligações diárias com cobrança do débito declarado inexigível, reputando que cabe a Ré comprovas que os diversos números não fazem parte de seu *call center*. Requer a reforma da sentença para condenar a Ré ao pagamento de R$ 500,00 (quinhentos reais) por cada cobrança indevida, que não deve ser menor que 20 oportunidades.

A Ré-executada, por sua vez, requer a manutenção da sentença.

É a síntese do necessário.

II Fundamentação

O recurso não comporta provimento.

De início, registre-se que o Autor não se insurge contra o julgamento antecipado da lide, de modo que se conclui que não tinha interesse na produção de outras provas.

A ação principal nº 1018831-35.2017.8.26.0309, ajuizada pelo Autor contra a loja Revendedora de veículos (Romera & Filho) e a financeira Aymoré, ora Ré, foi julgada parcialmente procedente, em 20/05/2019, para (fls. 4/8):

> I declarar a rescisão do contrato de compra e venda firmado entre as partes e do contrato de financiamento de fls. 25/28, sem ônus para o autor;
>
> II condenar a ré Romera & Filho a restituir o autor o valor de R$ 1.015,06, que deverá ser corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o desembolso, até o efetivo pagamento, acrescido de juros de mora de 1% a partir da citação,
>
> III condenar a ré Aymoré a restituir o autor o valor de R$ 18.258,30, valor que deverá ser corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o desembol-

Acesso ao Sumário

so, até o efetivo pagamento, acrescido de juros de mora de 1% a partir da citação e, por fim,

IV condenar as requeridas ao pagamento de R$ 5.000,00 ao autor, a título de indenização por danos morais, que deverá ser atualizado monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, desde a publicação desta sentença até o efetivo pagamento, com juros de 1% ao mês a partir da citação;

V Estabelecer que qualquer novo ato de cobrança indevida implicará na incidência de multa no valor de R$ 500,00 por ato indevido.

Foi protocolado acordo firmado entre o Autor e a Ré às fls. 173/174 dos autos principais, noticiando a Ré o seu cumprimento e requerendo a extinção, nos termos do art. 924, II, do CPC (fls. 175/180 autos principais). O Autor foi intimado a se manifestar sobre o pedido da Ré, sendo alertado que o silêncio seria interpretado como quitação tácita e arquivamento definitivo dos autos. Foi certificado o decurso para manifestação do autor em 17/04/2020.

No referido acordo, foi pactuado que (fls. 9/10):

2. Fica acordado entre as partes que a decorrência do acordo o Banco irá proceder à seguinte obrigação de fazer: Liquidar Contrato de Financimento nº. 20023815066, abster-se de realizar cobranças, bem como proceder a baixa dos restritivos lançados em nome da parte junto aos órgãos de proteção ao crédito.

[...]

4. Como consequência desta quitação, a(s) parte(s) Autora(s) desiste(m) do prosseguimento da presente ação e renuncia(m) ao direito de ajuizar qualquer outra medida contra AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, com base na mesma causa de pedir ora discutida e que, por sua vez, o réu concorda expressamente com a extinção com julgamento de mérito, nos termos do artigo 487, inciso III, alíneas B e C, do Novo Código de Processo Civil.

Em 22/06/2020, o autor distribuiu o presente cumprimento de sentença alegando que a Ré descumpriu a sentença e o acordo firmado entre as partes, efetuando diversas cobranças indevidas, de forma insistente, por telefone, por mensagens SMS e por WhatsApp, requerendo a aplicação da multa fixada em sentença, que reputa não retirada com o acordo celebrado. Pleiteou a fixação da multa em R$ 10.000,00 (dez mil reais) sendo equivalente a 20 (vinte) cobranças indevidas realizadas.

Acesso ao Sumário

As fls. 4 e 6 dos autos são cópia da sentença dos autos principais e não comprovam o alegado descumprimento pela Ré.

O Autor apresentou mensagem SMS de fls. 22 (documento 4), que não contem identificação de data e foi enviada pelo Santander, sem fazer referência a nenhum contrato específico. Assim, esta mensagem SMS não comprova nenhum descumprimento pela ré Aymoré, seja a sentença ou ao acordo firmado.

As mensagens via WhatsApp de fls. 23/24 (documento 5) também não contem identificação de data e foram enviadas pela "empresa Ipanema referente

ao Santander", sem identificação de nenhum contrato específico, o que também não comprova descumprimento pela ré Aymoré.

A mensagem via WhatsApp de fls. 25 (documento 6) não informa data, remetente da mensagem, apenas que se refere a uma "dívida atualizada hoje é de R$ 79,295,02, porém como estamos com desconto ficaria por R$ 16.870,73", não havendo nenhuma informação a que contrato se refere. Assim, essa mensagem também não comprova descumprimento pela Aymoré.

A mensagem SMS de fls. 26 (documento 6), datada de "14 de abr", sem indicação de ano, não indica o remetente ou contrato, assim, também não comprova descumprimento pela ré Aymoré.

A relação de números e ligações de fls. 27/82, não comprovam qual seria o conteúdo das ligações, não se podendo concluir que qualquer ligação seja uma cobrança da Ré em relação ao contrato objeto da ação principal.

No ofício enviado a Vivo, operadora do telefone celular do Autor, informou que as chamadas não completadas não possibilitam identificação e o teor das mensagens de texto não é armazenado (fls. 102/104). Apresentou a relação de chamadas recebidas pelo celular do autor entre 20/03/2020 e 17/02/2021 (fls. 105/161), bem como resumo dos números das ligações recebidas e completadas (fls. 189/194).

Ao se manifestar sobre o ofício, o Autor inovou no pedido inicial, requerendo a fixação da multa em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), para que fosse considerada pelo menos 60 (sessenta) cobranças (fls. 200/201).

A Ré, ao impugnar a pretensão do Autor, alegou que cumpriu o acordo, liquidou o contrato de financiamento, não havendo restrição no nome da parte autora, conforme comprovado nos autos principais, bem como que não havia provas de que os contatos reclamados eram provenientes da Ré e "muito menos se seriam decorrentes do contrato em questão" (fls. 86/87).

Nos autos principais, a Ré, ao comunicar o cumprimento do acordo e pleitear a extinção definitiva da ação, comprovou a inexistência de apontamento em nome do Autor junto ao SCPC (fls. 176/177) e Serasa (fls. 178), bem como que as parcelas do financiamento estavam cadastradas como pagas (fls. 179), comprovando o pagamento do acordo (R$ 30.000,00 em 24/07/2019 fls. 180).

Embora o Autor tenha recebidos diversas ligações durante o período informado (20/03/2020 e 17/02/2021) não há a menor prova sobre o conteúdo dessas ligações, ônus que incumbia ao Autor, que poderia ter gravado algumas das ligações recebidas para comprovar que se referiam ao contrato objeto da ação principal, ônus do qual não se desincumbiu.

Não bastaria a mera identificação do responsável por cada uma das linhas no período em que foram efetuadas as chamadas, pois para configurar o des-

Acesso ao Sumário

cumprimento da sentença e do acordo seria necessário que as cobranças fossem referentes especificamente ao contrato rescindido na ação principal.

Não se poderia exigir que a Ré produzisse prova negativa, de que não procedeu a cobrança referente ao contrato objeto da ação principal, razão pela qual não se poderia cogitar da inversão do ônus da prova.

Não havia dificuldade para que o Autor apresentasse o conteúdo das ligações supostamente efetuadas pela Ré ou seus prepostos, bastando que apresentasse nos autos a gravação das ligações que recebeu no celular, no qual é possível a gravação das chamadas, havendo também diversos aplicativos gratuitos que possibilitam essa gravação.

Enfim, não há provas do alegado descumprimento pela Ré da sentença ou do acordo, não restando comprovado que foi realizada qualquer cobrança em relação ao contrato objeto da ação.

Em resumo, de rigor a manutenção da sentença e o desprovimento do apelo.

III – Conclusão

Diante do exposto, pelo meu voto, conheço e **nego provimento** ao recurso.

Por força do art. 85, § 11, do CPC, majoro a verba honorária, em favor do patrono da Ré, para 15% (quinze por cento) do valor fixado em sentença, conforme requisitos e critérios fixados pelo STJ[1], ressalvada a gratuidade judiciária concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003158-48.2019.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante H.F.C. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados G.R. (MENOR REPRESENTADO) e A.P.R. (REPRESENTANDO MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2022/41.429)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente), PASTORELO KFOURI e FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI.

Acesso ao Sumário

1 EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

São Paulo, 8 de novembro de 2022.
MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, GUARDA, VISITAS E ALIMENTOS À FILHA MENOR – Ação julgada procedente em parte **– Insurgência do genitor quanto ao valor da pensão, pretendendo a redução de meio salário mínimo para R$ 300,00 mensais – Descabimento – Alimentos estabelecidos em valor adequado, observado o trinômio necessidade-possibilidade-moderação – Não comprovação pelo recorrente da impossibilidade de pagamento desse valor – Alegação da realização de bicos com baixos rendimentos, que não restou corroborada com os extratos bancários apresentados – Menor em idade pré-escolar, cujas necessidades são presumidas – Sentença de procedência mantida – RECURSO IMPROVIDO.**

VOTO

Trata-se de apelação, interposta contra a sentença de fls. 310/316, proferida em ação de investigação de paternidade, alimentos e regulamentação de guarda e visitas, proposta por H.F.C. em face de G.R. (menor, nascida em 27/03/2019) para: *a. DECLARAR a paternidade de H.F.C. em relação a G.R. que passará a se chamar G.R.C., conforme fundamentação, retificando-se seu assento de nascimento com o nome dos avós paternos (D.C.C. e B.A.F.C. fls. 11); b. FIXAR a pensão alimentícia devida pelo autor à ré no valor correspondente a meio salário mínimo nacional; c. FIXAR o direito de visitas aos sábados, no período vespertino, ou seja, das 13 horas às 15 horas, na residência da genitora."*

Não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recíproca.

Inconformado, apela o autor, em busca de reforma (fls. 322/325), aduzindo não ter condições de arcar com a pensão fixada em meio salário mínimo, pois trabalha realizando bicos e percebe mensalmente o valor de R$ 1.000,00 por mês. Requer a redução dos alimentos para R$ 300,00 por mês.

Contrarrazões apresentadas às fls. 347/350.

Pelo parecer de fls. 364/365, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Este processo chegou ao Tribunal em 22/09/2022, sendo a mim distribuído livremente em 04/10 e remetido ao Ministério Público na mesma data (fls. 358), com conclusão final 20/10 (fls. 356). Estudo e voto concluídos em 01/11.

Breve relato.

O recurso não merece prosperar.

Os alimentos devidos pelos pais aos filhos menores são incondicionais e devem se pautar na capacidade econômica do alimentante e na necessidade do alimentando, segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Por ser incondicionado o dever de alimentos decorrente do poder familiar, seu reconhecimento prescinde de prova da necessidade do alimentando, vez que se presume e, com o passar do tempo, passa inclusive a aumentar.

Embora o autor afirme estar desempregado, realizando bicos, pelos quais recebe em torno de R$ 1.000,00 por mês, não comprovou minimamente tal alegação.

No estudo social realizado, ele afirmou que a renda familiar é proveniente de seu trabalho com vendas e embora não tenha especificado o valor que recebe, referiu que devido ao trabalho, viaja frequentemente à cidade de São Paulo, onde passa alguns dias.

Para comprovar sua impossibilidade de pagar alimentos como fixados, apresentou unicamente dois extratos bancários no período de 01/06/2021 e 28/11 do Banco Next (237 – Bradesco S.A.), na qual houve movimentação financeira de R$ 5.719,98 (fls. 333) e do Nubank, com movimentação financeira de R$ 2.486,11 (fls. 334/343), no mesmo período.

A genitora da menor é qualificada como "do lar", não se tem notícia de seus rendimentos, contudo, também deve contribuir com o sustento da filha comum.

As partes não contribuíram para uma melhor apreciação do caso, na medida em que não produziram as provas necessárias das rendas atuais dos genitores da menor alimentanda, não me cabendo advogar por elas.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, tenho como suficiente os valores fixados na sentença, observado o binômio necessidade-possibilidade, dentro de um critério de razoabilidade.

Por todo o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032649-26.2021.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante

AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A, é apelado ROMÃO FRANCISCO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.762)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO e VITOR FREDERICO KÜMPEL.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de obrigação de fazer – Plano de saúde – Sentença de procedência – Insurgência da ré – Pretensão de cobertura integral para tratamento psiquiátrico com internação hospitalar – Previsão de tratamento para dependente alcóolico – Aplicável o Código de Defesa do Consumidor à hipótese – Abusividade demonstrada na negativa da apelante – Legalidade da cláusula que dispõe sobre a coparticipação do autor a partir do 31º dia da internação, observando-se o percentual máximo de 50% do valor das despesas – Aplicação da tese firmada no julgamento dos recursos repetitivos representativos da controvérsia (Resp. 1.809.486/SP e Resp. 1.755.866/SP) – Recurso não provido.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 413, acrescento ter a r. sentença julgado procedente o pedido para o fim de confirmar a liminar concedida e condenar a ré à obrigação de arcar com os custos do tratamento/internação do autor que está sendo realizado junto ao Centro de Tratamento Especializado em Dependência Química Believe, nos termos e limites do contrato, devendo ser observada em especial a cláusula 10 do contrato quanto à coparticipação ajustada entre as partes. Diante da sucumbência a parte ré foi condenada a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

A ré interpôs recurso de apelo (fls. 419/431), pugnando pela reforma da r. sentença para que o feito seja julgado improcedente. Argumenta que não houve recusa ao tratamento e aduz que não pode ser compelida a determinar o custeio em clínica não credenciada, uma vez que a ré possui clínicas especializadas para a realização do tratamento reclamado. Defende que, em conformidade com a cláusula contratada, o custeio ou o reembolso se dará nos limites acordados.

Sem contrarrazões conforme certidão de fls. 482.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Denota-se dos autos que a r. sentença determinou o custeio do tratamento do autor na clínica por ele indicada, sendo certo que a ré impugna, em seu recurso, tal determinação, pugnando para que apenas seja condenada ao custeio em clínicas pertencentes a sua rede referenciada.

Sustenta o autor que a requerida negou a cobertura ao tratamento médico referente a internação em razão de dependência de álcool. Pugna pela condenação da ré na obrigação de fazer consistente em fornecer cobertura para o tratamento necessário à sua saúde e bem-estar.

A ré, por outro lado, argumenta que o autor pleiteia realizar o tratamento em clínica não credenciada, devendo proceder, portanto, o pagamento das despesas para posteriormente requerer o reembolso nos limites do contrato. Observa que o princípio que rege as relações entre os beneficiários e a operadora é o da contratualidade, e não o da universalidade.

No caso, cumpre esclarecer que a parte autora é considerada consumidora em relação ao contrato firmado pelas partes, assim reconhecido pelo teor da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão* (STJ. 2ª Seção. Aprovada em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)", de modo que a parte contratante é hipossuficiente em relação à seguradora, merecendo a proteção consumerista, dada sua condição, assim como a classificação do ajuste como contrato de adesão não administrado por entidade de autogestão.

Acesso ao Sumário

Existindo no contrato firmado pelas partes previsão para assistência médica para problemas psiquiátricos (o autor apresenta dependência alcóolica), inviável a negativa de cobertura integral para internação, já que a operadora do plano de saúde não nega a necessidade de tratamento e internação do autor.

Assim, a recusa de cobertura do tratamento requerido pela ré é abusiva, à luz do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e fere o princípio da boa-fé objetiva, cuja aplicação vem prevista na legislação consumerista que rege a matéria em discussão nos autos e no artigo 422 do Código Civil.

Infere-se dos autos que o autor necessita de internação em clínica psiquiá-

trica para tratamento de dependência química involuntária por uso e abuso de álcool, conforme relatório médico colacionado às fls. 103.

Com efeito há obrigatoriedade do plano de saúde de arcar com o custeio integral de trinta dias de internação em rede credenciada.

No caso dos autos, anote-se que o autor foi internado em clínica não credenciada à ré em 08/11/2021 e em caráter de urgência/emergência (fls. 103).

Nestes termos, a r. sentença aplicou corretamente o entendimento de que a ré deve ser compelida a garantir o tratamento do autor na clínica por ele indicada, nos moldes determinados pelo juízo "a quo", mormente porque não demonstrou ter em sua rede credenciada clínica especializada apta a fornecer os tratamentos como solicitado pelo médico assistente.

Nos termos do entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial n. 1.809.486/SP e Recurso Especial n. 1.755.866/SP, a cláusula de coparticipação a partir do 31º dia de tratamento e internação do autor é válida, ressaltando-se que deve ser o percentual máximo de 50% para a coparticipação.

Cumpre esclarecer que a admissibilidade do método de coparticipação, não viola o quanto disposto nas Súmulas 302 do Superior Tribunal de Justiça e 92 desta Corte de Justiça, as quais vedam a limitação temporal de tratamento ou internação.

Assim, a r. sentença deve ser mantida nos moldes em que lançada, tendo conferido satisfatória resolução à lide.

Majoro o valor dos honorários advocatícios, com fulcro no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil para o importe de 12% do valor da causa em favor dos patronos da parte autora.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002401-86.2022.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante SOMPO SEGUROS S.A, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.176)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e MELO BUENO.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

Acesso ao Sumário

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Consumidor e processual. Fornecimento de energia elétrica. Ação regressiva de ressarcimento de danos julgada improcedente. Pretensão da autora à reforma da sentença.

A empresa de energia elétrica é responsável pelos danos causados a aparelhos elétricos em decorrência de falha na prestação de serviços. Incidência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Se esses danos são ressarcidos por seguradora, esta tem o direito de requerer o reembolso, por força do artigo 786 do Código Civil. Caso concreto no qual foi demonstrado, quantum satis, o nexo causal entre os danos sofridos pela segurada e a falha no serviço de fornecimento de energia elétrica.

O termo inicial dos juros de mora é a data da citação, como dispõe o artigo 405 do Código Civil, porque não se cuida, in casu, de responsabilidade extracontratual.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

I – Relatório.

Trata-se de apelação interposta pela Sompo Seguros S/A contra a sentença de fls. 191/195, que julgou improcedente a ação regressiva de ressarcimento de danos que propôs em face da Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL, impondo à companhia de seguros os ônus da sucumbência, arbitrando a verba honorária em 10% (dez por cento) do valor da causa (R$ 7.204,09 – fls. 16), atualizado monetariamente.

Este recurso busca a reforma da sentença, para julgar *"integralmente procedente a ação"*, condenando *"a Apelada ao ressarcimento integral dos valores desembolsados pela Apelante na reparação do dano, acrescido de juros de mora e atualização monetária calculados desde a data do desembolso"*, conforme razões recursais de fls. 198/223.

Contrarrazões a fls. 230/241, pugnando pela manutenção do pronunciamento judicial combatido.

II – Fundamentação.

Esta apelação pode ser conhecida, uma vez que preenche os pressupostos de admissibilidade, comportando, ademais, provimento parcial.

Acesso ao Sumário

Tendo em vista a natureza jurídica da ré (concessionária de energia elétrica), a controvérsia se sujeita ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, segundo a qual *"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"*.

A propósito desse dispositivo constitucional, José Afonso da Silva leciona que *"não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarci-lo por parte da Administração ou entidade equiparada fundamentando-se na doutrina do risco administrativo"* (Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Página 349).

Na lição de Rui Stoco, *"tanto a Carta Magna (art. 37, § 6º) como o Código Civil (art. 43) abraçaram a teoria da responsabilidade objetiva do Estado escorada na teoria do risco administrativo mitigado, de sorte que este se obriga a reparar o dano causado por seus agentes, independentemente de culpa, mas assegurado o direito de regresso contra o causador direto desse dano, desde que demonstrado ter ele agido com dolo ou culpa"*.

Adiante, o doutrinador preleciona que *"a teoria do risco administrativo estabelece o princípio da responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, ou seja, que permite a discussão em torno de causas outras que excluam a responsabilidade do Estado, nas hipóteses de inexistência do elemento causal ou nexo de causalidade"*, acrescentando que *"as causas clássicas de exclusão da responsabilidade são: a) caso fortuito ou força maior, deixando de lado a discussão acerca do entendimento de que constituem a mesma coisa; e b) culpa exclusiva da vítima, pois são as únicas a romper o liame causal entre a atuação do Estado e o dano verificado"* (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II, páginas 74, 80 e 83).

Registre-se, em acréscimo, que a culpa exclusiva de terceiro igualmente afasta a responsabilidade do Estado (*latu sensu*), na medida em que provoca o rompimento do *"liame causal entre a atuação do estado e o dano verificado"*.

Ademais, nas ações indenizatórias propostas em face das pessoas elencadas no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal a prova do dano e do nexo causal cabe ao autor, ficando a cargo do réu, por outro lado, a prova de eventual causa excludente de responsabilidade.

No caso concreto, impõe-se a reforma da sentença, **evoluindo esta relatoria entendimento anterior** para conformá-lo à orientação que predomina nesta C. Câmara, no sentido de que os documentos que instruíram a petição inicial são suficientes para comprovar o defeito na prestação do serviço e o nexo

Acesso ao Sumário

de causalidade, assim como no sentido de que as *"quedas de energia/descargas elétricas"* estão intrinsecamente ligadas ao risco da atividade da apelada.

Comprovou, portanto, a companhia de seguros os fatos constitutivos de seu direito (artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil), mediante a juntada da apólice de seguro (fls. 28/35); do aviso de sinistro, narrando que houve uma oscilação de energia na residência da segurada, provocando danos em equipamentos ali existentes (fls. 36/37); do laudo do empresário individual José Luís Marques (EletroMark), atestando que os aparelhos de televisão que examinou sofreram perda total devido à oscilação de energia (fls. 40); do laudo do empresário individual Anderson Luís Martoneto (Anderson Portões), atestando que os equipamentos submetidos a sua análise sofreram danos em virtude de descargas com oscilação na rede elétrica (fls. 41); e do comprovante de pagamento da indenização securitária, mediante transferência interbancária (fls. 43).

De outro lado, a ré não se desincumbiu de seu ônus (artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil) quanto à inexistência de oscilação de tensão elétrica na unidade consumidora e quanto ao rompimento no nexo de causalidade entre a eventual oscilação da tensão elétrica e os danos causados aos bens da segurada.

Corroborando o expendido, colhem-se os seguintes julgados desta C. Câmara, *mutatis mutandis*:

> ***RESPONSABILIDADE CIVIL. Oscilação de energia elétrica danificou aparelhos eletrônicos do segurado. Regresso da seguradora sub-rogada no direito do consumidor. Responsabilidade civil objetiva das concessionárias de serviço público. Inteligência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e artigo 14 da Lei n. 8.078/90. Ausência de elementos a excluir o nexo de causalidade. Danos materiais comprovados. Sentença reformada. Recurso provido.*** (Apelação n. 1015806-54.2020.8.26.0100 – Relator Gilson Delgado Miranda – Acórdão de 29 de abril de 2022, publicado no DJE de 4 de maio de 2022, sem grifos no original).
>
> ***PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO – Danos em equipamentos eletroeletrônicos decorrentes de descarga elétrica – Seguradora que indenizou os segurados – Sub-rogação – Nexo de causalidade bem demonstrado – Dano material e respectivo pagamento da indenização comprovados – Ação improcedente – Recurso provido.*** (Apelação n. 1103235-59.2020.8.26.0100 – Relator Melo Bueno – Acórdão de 2 de junho de 2022, publicado no DJE de 7 de junho de 2022, sem grifo no original).
>
> ***Ação regressiva da seguradora em relação a concessionária distribuidora de eletricidade pelos valores por ela pagos a título de indenização securitária aos segurados, pela queima de equipamen-***

Acesso ao Sumário

tos. Sentença de procedência. Apelação da concessionária. Prazo prescricional quinquenal aplicável à hipótese (artigo 27 do CDC). Prescrição não consumada. Prazo que se inicia com o pagamento das indenizações. Prévio requerimento administrativo não pode ser exigido como condição para a propositura da ação indenizatória por defeito na prestação de serviços. Precedentes. A condição de consumidores dos segurados se transmitiu à seguradora autora por sub-rogação (art. 349 do CC) no limite dos valores pagos a eles. Prova documental suficiente para comprovar o nexo de causalidade entre a sobrecarga elétrica na rede de distribuição da ré e os danos nos equipamentos. Responsabilidade objetiva da concessionária nos termos do art. 14 do CDC e art. 37, § 6º da CF. Danos materiais comprovados. Juros de mora a partir da data da citação por se tratar de responsabilidade contratual. Recurso da ré não provido. (Apelação n. 1046026-90.2020.8.26.0114 – Relator Morais Pucci – Acórdão de 23 de maio de 2022, publicado no DJE de 8 de junho de 2022, sem grifos no original)[1].

Destarte, é o caso de julgar parcialmente procedente a ação, para condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$ 7.204,09 (sete mil, duzentos e quatro reais e nove centavos), incidindo a correção monetária pela tabela prática disponível no *site* deste E. Tribunal de Justiça desde a data do desembolso (fls. 43), enquanto os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês serão contados da data da citação.

Ressalte-se, neste ponto, que a demanda está sendo julgada parcialmente procedente apenas porque a seguradora pede que os juros de mora sejam contados do desembolso (fls. 16 e 222).

Todavia, aplica-se à hipótese vertente o artigo 405 do Código Civil, que manda contar *"os juros de mora desde a citação"*, uma vez que, por sub-rogar-se nos direitos do segurado, contratante e consumidor do serviço de energia elétrica fornecido em sua residência, não havendo, pois, que se falar em responsabilidade extracontratual, como já decidiu esta C. Câmara (Apelação n. 1004239-60.2020.8.26.0024 – Relator Artur Marques – Acórdão de 27 de maio de 2021, publicado no DJE de 1º de junho de 2021).

Confiram-se, ainda, de outros órgãos fracionários deste E. Tribunal de Justiça: (a) 14ª Câmara de Direito Privado – Apelação n. 1014785-08.2021.8.26.0068 – Relator Lavínio Donizetti Paschoalão – Acórdão de 24

Acesso ao Sumário

1 Na mesma toada: (a) 12ª Câmara de Direito Privado – Apelação n. 1003755-35.2020.8.26.0189 – Relator Castro Figliolia – Acórdão de 7 de janeiro de 2022, publicado no DJE de 27 de janeiro de 2022; (b) 18ª Câmara de Direito Privado – Apelação n. 1004895-04.2021.8.26.0114 – Relator Roque Rodriguero Clavísio – Acórdão de 25 de outubro de 2021, publicado no DJE de 3 de novembro de 2021; (c) 26ª Câmara de Direito Privado – Apelação n. 1001589-44.2020.8.26.0443 – Relatora Maria de Lourdes Lopez Gil – Acórdão de 11 de agosto de 2022, publicado no DJE de 17 de agosto de 2022; e (d) 27ª Câmara de Direito Privado Apelação n. 1063889-04.2020.8.26.0100 – Relator Rogério Murillo Pereira Cimino – Acórdão de 7 de abril de 2022, publicado no DJE de 18 de abril de 2022.

de maio de 2022, publicado no DJE de 26 de maio de 2022; (b) 21ª Câmara de Direito Privado – Apelação n. 1023098-93.2020.8.26.0002 – Relator Régis Rodrigues Bonvicino – Acórdão de 1º de junho de 2022, publicado no DJE de 9 de junho de 2022; (c) 27ª Câmara de Direito Privado – Apelação n. 1005877-98.2021.8.26.0637 – Relator Ricardo Chimenti – Acórdão de 10 de junho de 2022, publicado no DJE de 14 de junho de 2022; e (d) 31ª Câmara de Direito Privado – Apelação n. 1011102-27.2021.8.26.0079 – Relator Paulo Ayrosa – Acórdão de 6 de outubro de 2022, publicado no DJE de 11 de outubro de 2022.

Tendo em vista a solução conferida à lide, os ônus da sucumbência devem ser suportados pela concessionária de energia elétrica, fixando-se os honorários devidos aos advogados da companhia de seguros em 15% (quinze por cento) do valor da condenação (atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora).

III – Conclusão.

Diante do exposto, **dá-se provimento parcial à apelação**, para julgar parcialmente procedente a demanda, invertendo os ônus da sucumbência, tudo nos moldes delineados e nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000825-51.2020.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA DE LOURDES MAGALHÃES D'ALMEIDA, é apelada ADRIANE ROCHA YAMIN.

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 9.590)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente), SERGIO ALFIERI e DARIO GAYOSO.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. OFENSAS EM REDE SOCIAL. DANOS MORAIS DEVIDOS. Sentença que julgou procedente, em parte, a ação, para o efeito de condenar a requerida ao pagamento da importância de R$ 15.000,00 a

título de indenização por danos morais, acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso e correção monetária a partir da sentença, bem como ao pagamento de indenização, a título de lucros cessantes, pelo tempo em que houve a suspensão do livro da requerente na plataforma de vendas da "Amazon", a ser apurado em liquidação de sentença. Julgou improcedente a ação em apenso. Inconformismo da parte ré. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 3548/3555, que julgou procedente, em parte, a ação, para o efeito de condenar a requerida ao pagamento da importância de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde o evento danoso e correção monetária a partir da sentença, bem como ao pagamento de indenização, a título de lucros cessantes, pelo tempo em que houve a suspensão do livro da requerente na plataforma de vendas da *Amazon*, a ser apurado em liquidação de sentença. Em razão da sucumbência recíproca, condenou cada uma das partes ao pagamento da metade das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios ao patrono da parte contrária que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Julgou improcedente a ação em apenso (Processo nº 1004849-25.2020.8.26.0704), condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios ao patrono da parte contrária que fixou em 10% sobre o valor da causa.

Sustenta, a parte ré, ora apelante, que foi contratada para prestação de serviços *ghost writter* para elaboração de um livro autobiográfico. Aduz que as partes se ofenderam mutuamente. Argumenta que também sofreu danos a título de lucros cessantes, vez que seu livro *"Na porta do inferno, o submundo da violência de gênero"* foi igualmente retirado da plataforma de venda da *Amazon* e para lá nunca mais retornou, mesmo depois da decisão judicial classificando-o como obra jornalística. Argumenta que o livro da autora *"Minha garota"* foi retirado apenas alguns dias da plataforma, tendo, contudo, retornado suas vendas em massa logo depois, de forma contínua até hoje sendo vendido normalmente. Assevera que diversas medidas judiciais na esfera criminal foram intentadas pela autora, mas sem sucesso (fls. 3588/3599).

Recurso regularmente processado, com anotação do preparo e respondido (fls. 3614/3622).

Sem oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017

Acesso ao Sumário

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; AI 990101539306, 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, em 08/06/2010; 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, em 13/04/2010; 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).

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).

Acesso ao Sumário

Cuida, a espécie, de ação de indenização por danos morais e materiais em razão de descumprimento contratual, bem como em virtude de ofensas proferidas contra a requerente.

A parte autora alegou que pretendia escrever um livro a fim de compartilhar a história de seu relacionamento com o falecido piloto AYRTON SENNA. Para tanto e considerando não ser escritora profissional, procurou a requerida, após pesquisas e recomendações. Sustenta que ficou acordado o pagamento à requerida de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) dividido em 05 (cinco) parcelas, cada qual referente a uma fase dos trabalhos: 1) R$ 5.000,00 (cinco mil reais) no ato da assinatura deste contrato; 2) R$ 5.000,00 (cinco mil reais) após 45 dias da assinatura do contrato; 3) R$ 5.000,00 (cinco mil reais) finalizada a primeira revisão, após 75 dias da data inicial; 4) R$ 5.000,00 (cinco mil reais), após 105 dias, quando finalizada a segunda e 5) R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), quando da conclusão e leitura final e registro dos direitos autorais, a serem pagos após 135 dias e 6) R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a serem pagos após 165 dias.

Alega, ainda, a autora, que foi realizado o pagamento inicial, ficando a segunda parcela condicionada à comprovação da coleta de dados dos fatos narrados por ela e testemunhas, o que não foi realizado. Ressalta que, após algumas reclamações, o material estava incompleto, sem a transcrição do depoimento da requerente e de outras testemunhas, bem como a narrativa da biografia estava sendo realizada em terceira pessoa e não em primeira pessoa.

Diante do quanto constatado pela requerente, bem como em razão do descumprimento dos prazos, decidiu rescindir o contrato entre as partes em 09/05/2018. Narra que a requerida proferiu ofensas à sua pessoa, com expressões de baixo calão, chegando a entrar em contato com familiares seus, proferindo tais ofensas. Relata que em 16/05/2018 a requerida informou que aceitava a rescisão contratual, aduzindo, no entanto, ser sua credora, pois teria entregado a versão final do livro na data de 07/05/2018.

Continua, sustentando que, para finalizar o trabalho, entrou em contato com escritora diversa que aduziu não ser possível a simples revisão do texto, diante das falhas constatadas, sendo necessário recomeçar o trabalho do início. Após o lançamento do livro, em 28/11/2019, a requerida iniciou ataques realizando a publicação de diversos vídeos contra a requerente. Argumenta que a ré apresentou denúncias perante os canais de distribuição do livro, dentre eles a *Amazon*, fazendo com que a plataforma suspendesse, preventivamente, a venda do livro. Argumenta, ainda, a quebra da cláusula de confidencialidade, de modo que entende fazer jus a aplicação de multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como entende que o ato ilícito perpetrado pela ré dá ensejo a indenização por danos morais e lucros cessantes.

Acesso ao Sumário

A parte ré, ora apelante, por seu turno, sustenta que houve ofensa mútua entre as partes e que, com as ofensas proferidas pela requerente, ajuizou a ação sob nº 0026377-60.2020.8.19.0209, em 06/08/2020, que foi julgada improcedente. Argumenta que a existência de ofensas recíprocas não autoriza a procedência da ação. Assevera que também sofreu danos a título de lucros cessantes, vez que seu livro *"Na porta do inferno, o submundo da violência de gênero"* foi igualmente retirado da plataforma de venda da *Amazon* e para lá nunca mais retornou, mesmo depois da decisão judicial classificando-o como obra jornalística. Acrescenta que o livro da autora *"Minha garota"* foi retirado apenas alguns dias da plataforma, tendo, contudo, retornado suas vendas em massa logo depois, de forma continua até hoje sendo vendido normalmente. Conclui que diversas medidas judiciais na esfera criminal foram intentadas pela autora, mas sem sucesso.

Na hipótese, restou incontroverso a relação jurídica entre as partes, bem como as ofensas proferidas pela ré, uma vez que esta, em sua defesa, não questiona os fatos arguidos na inicial, aduzindo, apenas, a ocorrência de ofensas recíprocas.

Como bem observou o Juízo *a quo*, não há como se acolher a tese de ofensas recíprocas, especialmente pelo fato de que os elementos de prova existentes nos autos não revelam que a autora tenha ultrapassado o limite do razoável, expondo apenas a sua versão dos fatos, narrando as medidas judiciais que foram tomadas, em verdadeiro direito de resposta contra as acusações da ré, ora apelante.

Cumpre obtemperar que as manifestações da autora, juntadas pela ré, inclusive, ocorreram após a concessão da liminar deferida nestes autos, pelo Juízo monocrático, demonstrando que a autora aguardou tempo apropriado para esclarecer ao seu público como se encontrava o litígio entre as partes. Outrossim, consoante se depreende pelos vídeos trazidos à colação, não se verifica qualquer atitude desmedida por parte da autora.

Por seu turno, os atos perpetrados pela parte ré, ora apelante, não devem ser compreendidos como minimamente razoáveis. A notória retaliação pública promovida pela ré que, inclusive, ultrapassou as meras manifestações em suas redes sociais atingindo as grandes mídias (fls. 171 e 212), demonstra a nocividade de sua conduta e, assim, merece adequada repreensão, como bem observado pelo Juízo *a quo.*

Vale ressaltar que, ainda que fosse possível cogitar eventual descumprimento contratual, por parte da ora apelada, em razão do suposto inadimplemento a ela imputado, é evidente que a conduta da ora apelante, não pode ser considerada como adequada, sob pena de se legitimar a conduta ilícita consistente em ofender a honra e imagem pública de determinada pessoa tão somente em razão

Acesso ao Sumário

de desacordos comerciais, os quais, destaque-se sequer foram comprovados.

Ao optar pela via da represália pública, a qual, nos dias atuais e diante do alcance das redes sociais, por vezes, é mais danosa do que o efetivo dano material que se pretende proteger, especialmente quando se trata de pessoa pública, a ora apelante, tomou um caminho sem volta, sendo que poderia, perfeitamente, tomar inúmeras outras providências a fim de obter seu suposto crédito.

Das ofensas particulares, chamando a autora de *"caloteira", "escrota vigarista piranha sem caráter suja imunda"* (fl. 100), a ré passou a ofender a requerente, publicamente, em suas redes sociais, além de promover perseguição nas redes sociais da própria requerente (fls. 173/176). Além disso, passou a imputar plágio à autora (fls. 125/132). Outrossim, as acusações transcenderam as redes sociais da ré, atingindo o público seguidor da autora, bem como o grande público em razão da publicação em portais tradicionais (fls. 171 e 212), potencializando, ainda mais, as ofensas perpetradas pela ora apelante.

Destarte, a conduta praticada pela ré foi suficiente para abalar a honra objetiva da autora, uma vez que suficiente para prejudicar sua imagem no meio social.

A importância do tema se vincula ao compromisso com a verdade que assume aquele que pretende externar seu pensamento através de meio que atinge número abrangente de leitores.

As redes sociais tem sido campo para uma série de ilícitos contra a honra, via de regra decorrentes do abuso no exercício do direito de manifestação e de opinião.

O exercício dos direitos individuais atrelados à realidade democrática não é ilimitado, havendo sempre que se ter em conta a idéia de que a cada direito corresponde um dever que lhe é condicionante. Ora, não fosse assim, a democracia converter-se-ia em ausência de regras – o que, evidentemente, não se coaduna aos seus nobres propósitos. Na suma, as redes sociais não podem ser uma "terra de ninguém", na qual as condutas abusivas são praticadas livre e impunemente.

A *internet* caracteriza-se essencialmente como fonte de divulgação e transmissão de informações.

Como corolário do princípio da liberdade de pensamento e expressão, consagrado pelo artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, é evidente que não se sujeita a qualquer modalidade de censura.

Contudo, eventuais abusos cometidos quando de sua utilização, notadamente causadores de danos aos direitos da personalidade, exigem inibição e reparação, na esteira do disposto pelo artigo 5º, inciso X, da Carta Magna (cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9a ed., Malheiros, 1994, p. 225).

Acesso ao Sumário

Os direitos da personalidade são subjetivos, oponíveis *Erga Omnes*, ou seja, aplicam-se a todos os seres humanos. Tratando-se de direitos a vida, o que é seu, como tal integridade intelectual e integridade moral como forma subjetiva de resguardá-los, e esses direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana, estando a ela ligadas de maneira perpétua elas não podendo sofrer nenhum tipo limitação, impenhorável, intransmissível, indisponível e inexpropriáveis.

Aquele que for ameaçado ou lesado em seus direitos de personalidade, honra, nome, liberdade, recato, entre outros, poderá exigir perdas e danos.

Esse tipo de direito tem caráter moral; consiste na lesão de um bem jurídico extrapatrimonial.

Além disso, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso X, o direito à privacidade como sendo um direito inerente e inviolável, *in verbis*: ***"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação".***

Por derradeiro, quanto à indenização por lucros cessantes, encontra-se devidamente comprovado que houve a suspensão das vendas em razão das reclamações promovidas pela ré, fato este, inclusive, admitido pela requerida em suas redes sociais (fls. 07, dos autos em apenso e fls. 125/127, 198, 216, destes autos).

Destarte, é certo que há a possibilidade de indenização pelo tempo que o livro permaneceu com suas vendas suspensas.

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:

> *"*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, e AgInt. no REsp. nº 1731129/SP, Quarta Turma, Rel. Min. MARCO BUZZI, j. 17/12/2019).

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 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Registre-se que eventual oposição de embargos de declaração com intuito

Acesso ao Sumário

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 1000290-29.2020.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA, é apelado ALEXANDRE BARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 34.011)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente), MILTON CARVALHO e LIDIA CONCEIÇÃO.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Declaratória de inexigibilidade c.c. indenização. Serviços de televisão por assinatura. Cobrança de taxas pautadas na instalação de ponto adicional de recepção de sinal. Ré que não se desincumbiu do ônus previsto no art. 373, II do CPC. Documentos juntados que não indicam o número de pontos contratados pelo consumidor no pacote de serviços, tampouco a contratação de ponto adicional. Precedentes deste E. Tribunal em casos análogos. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória c/c indenização ajuizada por Alexandre Barbosa em face de Sky Serviços de Banda Larga Ltda., que a respeitável sentença de fls. 365/371, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente para decla-

Acesso ao Sumário

rar a inexigibilidade dos débitos denominados *"locação de equipamento opcional, taxa de licenciamento de software e segurança de acesso"*, determinando a restituição dos valores.

Irresignado, apela o réu alegando, em suma, que o autor contratou o pacote "new combo full cinema HD 2018", o qual oferece apenas 3 equipamentos/pontos para recepção do sinal de TV por assinatura. Ocorre que o autor possui cinco equipamentos em sua residência, fato incontroverso, de forma que dois deles estão sujeitos à cobrança decorrente da contratação de serviços opcionais. Sustenta que o negócio se tornará inviável caso os consumidores possam exigir pontos extras sem o respectivo pagamento.

O recurso foi contra-arrazoado pela ré e encaminhado a este Tribuna para julgamento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Narra a inicial que o autor contratou o pacote denominado *"New Combo Full Cinema HD 2018 + Premiere Total HD + Fox Premium"*, sendo cobrada uma "*taxa de licenciamento de software* e *segurança de acesso"* e "*locação de equipamento*", de R$ 123,85 em janeiro/2020. Aduz que tais cobranças foram inseridas sem a sua anuência, sendo indevidas, ademais, por se tratar da transferência do risco do próprio negócio da fornecedora ao consumidor.

A versão foi refutada em contestação pela ré ao alegar que o plano contratado pelo autor oferece apenas três equipamentos/pontos para recepção do sinal da TV. Ocorre que o autor possui quatro equipamentos/pontos, sendo um deles opcional e sujeito à cobrança das referidas taxas, cuja legalidade é reconhecida pelos Tribunais Superiores e pela ANATEL.

Em réplica, o autor alega que não solicitou qualquer ponto adicional ao pacote contratado, o que reforça a ilegalidade das cobranças.

Com efeito, os documentos juntados pela ré não demonstram a informação de quantos equipamentos/pontos de receptação foram contratados através do pacote *"New Combo Full Cinema HD 2018"*, tampouco que o autor tenha solicitado a instalação de pontos extras capazes de justificar as taxas cobradas pela ré.

Cumpre observar que a desorganização da fornecedora é tanta que, em contestação, alega a instalação de quatro receptadores na residência do autor (fls. 70), mas em apelo, afirma a existência de cinco receptores (fls. 387), o que apenas reforça a tese da exordial.

Nesse sentido já decidiu esta C. Corte em casos análogos:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – TV POR ASSINATURA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. REPETIÇÃO DE

Acesso ao Sumário

INDÉBITO, OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER – PRESCRIÇÃO – PRAZO DECENAL DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CONFIGURAÇÃO – COBRANÇA DE MENSALIDADE PELA INSTALAÇÃO DE DECODIFICADOR NO PONTO ADICIONAL, TAXA DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE E ASSISTÊNCIA PREMIUM – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU ANUÊNCIA EXPRESSA DO CONSUMIDOR SOBRE O PAGAMENTO DE TAIS TAXAS E DO ALUGUEL PELO EQUIPAMENTO – COBRANÇA ILÍCITA – PRECEDENTES – RESTITUIÇÃO DOS VALORES – EXIBIÇÃO DAS FATURAS PELA RÉ – NECESSIDADE – COMPROVANTES DE PAGAMENTO – EXIBIÇÃO PELO AUTOR – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Não se mostra possível a cobrança de mensalidade por aluguel de equipamento decodificador em ponto adicional de TV a cabo, pois ausente prova da anuência expressa do consumidor na cobrança da referida mensalidade, a teor do REsp nº 1.449.289/RS do C. STJ e Súmula nº 9/2010, da ANATEL, e da mesma forma também é impertinente a cobrança de 'taxa de licenciamento de software' e de 'assistência premium', sendo de rigor a restituição dos valores indevidamente cobrados do consumidor, observada a prescrição decenal do art. 205 do CC" (Apelação Cível 1001238-86.2022.8.26.0189; Relator: Paulo Ayrosa; 31ª Câmara de Direito Privado; j. 07/10/2022 – grifo nosso).

"APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – TELEVISÃO POR ASSINATURA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES – Sentença de parcial procedência – Insurgência de ambas as partes – Cobrança relativa à 'locação de equipamento' – Súmula nº 09/2010 da Anatel que permite a cobrança derivada da locação de equipamento, desde que contratada expressamente pelo consumidor – Ré que não se desincumbiu do ônus de comprovar contratação/anuência expressa do consumidor sobre o pagamento de aluguel de equipamento – Inexigibilidade constatada, com ordem de devolução simples dos valores cobrados – COBRANÇA de Taxa de licenciamento de software – Ausência de comprovação da anuência do autor à cobrança pela utilização do software, que, de toda forma, se trata de serviço inerente à disponibilização do sinal da TV via satélite, já abarcado na mensalidade do plano contratado – Restituição dos valores pagos que se impõe – Sentença parcialmente reformada para declarar a inexigibilidade de ambas as cobranças – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO E, DO AUTOR, PROVIDO. (Apelação Cível 1002352-53.2019.8.26.0484; Relator: Luis Fernando Nishi; 32ª Câmara de Direito Privado; j. 20/09/2021 – grifo nosso).

"APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA – *CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TV POR ASSINATURA – COBRANÇA POR LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS RELATIVOS A PONTOS ADICIONAIS – RECURSO DO AUTOR – COBRANÇA ADMITIDA PELAS*

Acesso ao Sumário

NORMAS DA ANATEL E PELA JURISPRUDÊNCIA – NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO ESPECÍFICA – AUSÊNCIA DE PROVA DO CONTRATO – ÔNUS PROBATÓRIO DA RÉ – CONTRATAÇÃO INEXISTENTE – COBRANÇA ABUSIVA. A cobrança por locação de equipamentos utilizados para acesso a pontos adicionais em contratos de TV por assinatura é admitida pelas regras da ANATEL e pela jurisprudência do C. STJ. Todavia, sem a prova da contratação específica dos serviços de locação, cujo ônus é imputável à empresa, as cobranças devem ser tidas por inválidas. Reforma para reconhecer a abusividade das cobranças. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. (Apelação Cível 1000022-42.2021.8.26.0572; Relatora: Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Joaquim da Barra – 1ª Vara; Data do Julgamento: 20/07/2021; Data de Registro: 20/07/2021).

Dessa forma, é de rigor a manutenção da r. sentença em todos os seus termos, majorados os honorários advocatícios em favor do autor para 15% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000707-47.2021.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante/apelado BANCO C6 CONSIGNADO S/A, é apelada/apelante GENI APARECIDA LOURENÇO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do réu e julgaram prejudicado o recurso adesivo da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto Nº 22.753)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMPRÉSTIMO NÃO CONTRATADO – Descontos, no benefício previdenciário da autora, de parcelas de empréstimo não contratado, cuja assinatura foi por ela impugnada – O ônus de provar que a assinatura aposta no documento era da lavra da auto-

ra, incumbia à instituição financeira ré, que produziu o mencionado documento, nos termos do artigo 429, inciso II, do novo Código de Processo Civil – Na hipótese em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante em contrato bancário juntado ao processo pela instituição financeira, caberá a esta o ônus de provar a sua autenticidade (CPC, arts. 6º, 368 e 429, II)" – Precedente do STJ, sob o rito dos repetitivos – O réu não comprovou, tal como lhe competia, a autenticidade da assinatura atribuída à autora no contrato questionado – Relação jurídica declarada inexistente – Sentença mantida, neste ponto – Recurso do réu improvido, neste aspecto.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO – Sentença que determinou a restituição em dobro dos valores indevidamente descontados – Descabimento – Inaplicável a regra prevista no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, no tocante aos descontos indevidos, pois não foi demonstrada a má-fé da instituição financeira ré – Precedentes do STJ – Restituição simples do indébito, que se impõe – Sentença parcialmente reformada, neste aspecto – Recurso do réu provido em parte, neste aspecto.

DESCONTOS DE VALORES INDEVIDOS – DANO MORAL – Indenização fixada na sentença em R$ 5.000,00 – Recurso do réu visando ao afastamento da indenização e apelo da autora buscando a majoração – Descontos de valores ínfimos, de aproximadamente, R$ 18,13, que não eram significativos, em face dos rendimentos auferidos pela autora – A autora não sofreu abalo de crédito, não lhe foi imposta qualquer restrição cadastral, tampouco ocorreu lesão à sua honra objetiva e subjetiva – Não ficou evidenciada a ocorrência de cobranças vexatórias ao consumidor – Inexistência de dano moral indenizável – Recurso do réu provido e recurso adesivo da autora prejudicado, neste aspecto.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – Ação parcialmente procedente – Considerando que a presente ação é parcialmente procedente, houve sucumbência recíproca, pois a autora decaiu da sua pretensão de indenização

Acesso ao Sumário

a título de dano moral e restituição em dobro, enquanto a instituição financeira ré foi vencida em relação à declaração de inexistência de relação contratual e à restituição simples do indébito – Diante da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais deverão ser rateadas, entre as partes, bem como os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, isto é, R$ 20.036,26, corrigido a partir do ajuizamento da ação, sendo vedada a compensação desta verba, nos termos do art. 85, § 14, do novo Código de Processo Civil, com a observação de ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita. RECURSO DO RÉU PROVIDO PARCIALMENTE E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PREJUDICADO.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação contratual c/c danos materiais e morais, ajuizada por GENI APARECIDA LOURENÇO DA SILVA contra o BANCO C6 CONSIGNADO S/A, julgada parcialmente procedente pela respeitável sentença de fls. 161/167, cujo relatório adoto, com os seguintes tópicos finais:

"Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos da presente ação movida por GENI APARECIDA LOURENÇO DA SILVA, qualificada nos autos, em face do BANCO C6 CONSIGNADO S.A. (denominação atual do Banco FICSA), o que faço para:

a) DECLARAR a inexistência da relação jurídica contratual entre as partes, bem como a inexigibilidade dos débitos;

b) CONDENAR o réu a restituir, em dobro, à parte autora, eventuais valores descontados de seu benefício previdenciário, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da data de cada desembolso, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês (art. 406, CC c/c art. 161, § 1º, CTN), contados da citação, nos termos do art. 240 do Código de Processo Civil e art. 405 do Código Civil;

c) CONDENAR o requerido ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) à parte autora, a título de reparação moral, atualizado desta data, com juros da citação.

Torno definitiva a Tutela de fls. 19/21.

Após o trânsito em julgado, autorizo o levantamento da quantia depositada em juízo (fls. 25).

Acesso ao Sumário

Sucumbentes, as partes ratearão as custas e despesas processuais, restando fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, ressalvando a cobrança quanto a gratuidade conferida.

P.I.C"

Inconformadas, ambas as partes recorreram.

O banco réu, em seu apelo de fls. 170/178, sustentou, em suma, a regularidade da contratação impugnada e a inexistência de vício na prestação do serviço.

Insurgiu-se contra a restituição de valores, notadamente em dobro.

Sustentou, também, a inocorrência de dano moral indenizável e se insurgiu contra o valor arbitrado tido por excessivo.

Requereu, então, o provimento de seu recurso, para reforma da r. sentença, nos termos supramencionados.

A autora, em seu recurso adesivo de fls. 183/187, buscou a majoração do valor da indenização por dano moral para R$ 20.000,00, como forma de desestimular a conduta do réu.

Sustentou, ainda, a inocorrência de sucumbência recíproca.

Requereu, então, o provimento de seu recurso para reforma da r. sentença, para a referida finalidade.

Recursos tempestivos, acompanhado dos comprovantes de preparo o recurso do réu (fls. 179/180) e sem preparo o recurso da autora, por ser beneficiária da justiça gratuita. Contrarrazões a fls. 188/193 e 196/201.

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.

Cuida-se de ação visando à declaração de inexistência de relação contratual, repetição de indébito e indenização a título de dano moral, em decorrência de contrato de empréstimo, o qual a autora nega ter aderido.

O banco réu, por sua vez, sustentou a regularidade desta contratação, juntando documentos e o contrato supostamente assinado pela autora.

A autora alegou que a assinatura constante do referido contrato apresentado pelo réu era falsa.

Ressalte-se que, o ônus de provar a autenticidade da assinatura atribuída à autora, no aludido instrumento contratual, incumbia à instituição financeira ré, que produziu o mencionado documento, nos termos do artigo 429, inciso II, do novo Código de Processo Civil (correspondente ao artigo 389, II, do antigo Código de Processo Civil).

Neste sentido, é o seguinte precedente do Colendo Superior Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO À AUTENTICIDADE DA FIRMA APOSTA NO TÍTULO EXECUTADO. ÔNUS DA PROVA DA AUTENTICIDADE PERTENCENTE AO EMBARGADO-EXEQÜENTE, QUE TROUXE O DOCUMENTO. ARTIGO 389, II, DO CPC. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO EMBARGANTE-EXECUTADO. ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS DO PERITO POR QUEM REQUEREU A PERÍCIA. ARTIGO 19 DO CPC.

1. Tratando-se de contestação de assinatura, o ônus da prova da sua veracidade incumbe à parte que produziu o documento. A fé do documento particular cessa com a impugnação do pretenso assinante, e a eficácia probatória do documento não se manifestará enquanto não comprovada a sua veracidade.

2. As regras do ônus da prova não se confundem com as regras do seu custeio, cabendo a antecipação da remuneração do perito àquele que requereu a produção da prova pericial, na forma do artigo 19 do CPC.

3. Recurso especial provido" (REsp 908728 / SP – Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) – Quarta Turma – Data do Julgamento: 06/04/2010 – Data da Publicação/Fonte: DJe 26/04/2010).

Tal entendimento foi pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1846649/MA, que seguiu o rito dos recursos repetitivos, com as seguintes ementas:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. **ACÓRDÃO PROFERIDO EM IRDR. CONTRATOS BANCÁRIOS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DOCUMENTO PARTICULAR. IMPUGNAÇÃO DA AUTENTICIDADE DA ASSINATURA. ÔNUS DA PROVA.** RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, a tese firmada é a seguinte: "Na hipótese em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante em contrato bancário juntado ao processo pela instituição financeira, caberá a esta o ônus de provar a sua autenticidade (CPC, arts. 6º, 368 e 429, II)."

2. Julgamento do caso concreto.

2.1. A negativa de prestação jurisdicional não foi demonstrada, pois deficiente sua fundamentação, já que o recorrente não especificou como o acórdão de origem teria se negado a enfrentar questões aduzidas pelas partes, tampouco discorreu sobre as matérias que entendeu por omissas. Aplicação analógica da Súmula 284/STF.

2.2. O acórdão recorrido imputou o ônus probatório à instituição financeira, conforme a tese acima firmada, o que impõe o desprovimento do recurso especial.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido" (REsp 1846649/MA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2021, DJe 09/12/2021).

Na espécie, após a manifestação sobre a contestação, as partes não foram intimadas a apresentar provas, sendo proferida sentença na qual o magistrado reconheceu a ausência de contratação diante da flagrante divergência de assina-

Acesso ao Sumário

tura.

Neste aspecto, apesar de o recorrente sustentar a regularidade da contratação questionada, não arguiu eventual cerceamento de defesa em seu recurso com a finalidade de produção de prova pericial.

Neste contexto, conforme foi exposto, não ficou comprovada a regular adesão da autora ao contrato em questão, que motivou os descontos impugnados.

Bem por isso, mostra-se acertada a declaração de inexistência de relação jurídica, bem como a inexigibilidade dos débitos.

Por conseguinte, a responsabilidade da instituição financeira ré, pela reparação dos prejuízos materiais, deve ser reconhecida, com a restituição dos valores indevidamente descontados, sob pena de enriquecimento ilícito da ré, o que ao direito repugna.

Todavia, tal montante deve ser restituído de forma simples à autora, e não em dobro.

Isto porque, conforme entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, a devolução em dobro dos valores, prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, somente é cabível em caso de má-fé.

Neste sentido, são os seguintes precedentes daquela Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. PROVA DE MÁ-FÉ. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 05 E 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.

1. 'Carecem do necessário prequestionamento as matérias não debatidas pelo Tribunal de origem, não tendo sido opostos embargos de declaração para suprir eventual omissão. Incidência das súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal'.

2. 'Consoante remansosa jurisprudência desta Corte, a devolução em dobro dos valores pagos indevidamente (art. 42, parágrafo único, do CDC), não prescinde da demonstração de má-fé por parte do credor'.

3. 'Para que se alterassem as conclusões do julgado no sentido da inexistência, in casu, de má-fá por parte da instituição financeira, seria necessária a interpretação de cláusulas do contrato firmado entre as partes, assim como o reexame das provas constantes dos autos, providências vedadas em sede especial, a teor das súmulas 05 e 07/STJ'.

4. 'A simples transcrição de ementas é insuficiente para a demonstração do dissídio jurisprudencial'.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO" (AgRg nos EDcl no Ag 1091227 / SP – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 2008/0202933-9 – Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – Terceira Turma Julgado em 02/08/2011 – Data da Publicação/Fonte: DJe 09/08/2011).

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL (...) **A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a devolução em dobro dos valores pagos a maior pelo mutuário só é cabível em caso de demonstrada má-fé, o que não foi comprovado nos presentes autos"** (STJ – AgRg no REsp 922730 / RS – Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0025822-8 – Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) – Terceira Turma Julgado em 17/11/2009 – Data da Publicação/Fonte: DJe 24/11/2009).

Assim, não se justifica a devolução em dobro à autora dos valores indevidamente pagos, conforme entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça, ante a ausência de prova da má-fé da instituição financeira ré, a qual não pode ser presumida, devendo ser cabalmente demonstrada nos autos, o que não ocorreu.

Bem por isso, é cabível, apenas, a restituição simples deste montante que foi descontado indevidamente da autora, razão pela qual o recurso do réu comporta provimento em parte, neste ponto.

No tocante à indenização por dano moral, respeitado o entendimento do Meritíssimo Juiz sentenciante, o recurso do réu comporta provimento, pois não ficou caracterizado, no caso vertente, dano moral passível de reparação.

Com efeito, 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, que não demonstrou ter sofrido qualquer abalo psicológico, ou alteração do seu comportamento habitual, em razão destes contratempos.

A este respeito, vale lembrar a advertência do eminente Antonio Jeová Santos:

"Nota-se nos pretórios uma avalanche de demandas que pugnam pela indenização de dano moral, sem que exista aquele substrato necessário para ensejar o ressarcimento. Está-se vivendo uma experiência em que todo e qualquer abespinhamento dá ensanchas a pedidos de indenização.

Não é assim, porém. Conquanto existam pessoas cuja suscetibilidade aflore na epiderme, não se pode considerar que qualquer mal-estar seja apto para afetar o âmago, causando dor espiritual. Quando alguém diz ter sofrido prejuízo espiritual, mas este é consequência de uma sensibilidade exagerada ou de uma suscetibilidade extrema, não existe reparação. Para que exista dano moral é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade" (Dano moral indenizável, Antonio Jeová Santos, Editora Revista dos Tribunais, 2003, página 111).

Acesso ao Sumário

Conforme decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, "a verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque

doutrina e jurisprudência têm afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual – que é um ato ilícito – não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral. Partindo-se da premissa de que o dano moral é sempre presumido – in re ipsa (ínsito à própria ofensa) –, cumpre analisar a situação jurídica controvertida e, a partir dela, afirmar se há ou não dano moral indenizável" (AgRg no REsp 1269246 / RS – Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – Quarta Turma – Data do Julgamento: 20/05/2014 – Data da Publicação/ Fonte: DJe 27/05/2014).

Na espécie, os aborrecimentos sofridos pela autora, em decorrência dos mencionados descontos indevidos, e o tempo por ela despendido para solucionar os problemas relatados, não configuram dano moral indenizável, levando em conta o ínfimo valor dos descontos mensais lançados no seu benefício previdenciário, isto é, R$ 18,13, o que não era significativo em face dos rendimentos por ela auferidos.

Neste sentido, vale lembrar os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E DE CONTRATO C.C. INDENIZATÓRIA – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – RECURSO – PREPARO NÃO COMPROVADO – DIFERIMENTO AO FINAL DO PROCEDIMENTO – CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAIS – **CONTRATO DE EMPRÉSTIMO FRAUDULENTAMENTE CELEBRADO – DESCONTOS DE PARCELAS EM VALOR ÍNFIMO SE COMPARADO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA CONSUMIDORA – AUSÊNCIA DE LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE – DANO MORAL INOCORRENTE – MERO ABORRECIMENTO –** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO" (TJSP; Apelação Cível 1005394-64.2020.8.26.0003; Relator: Desembargador Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III – Jabaquara – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/03/2021; Data de Registro: 17/03/2021).

"AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL – Contrato bancário – Autor que alega a inexistência de débito decorrente de saque realizado por meio de cartão de crédito consignado – Sentença que julgou procedentes os pedidos do autor, para declarar a inexistência da dívida, bem como para condenar o réu ao ressarcimento em dobro dos valores descontados do benefício previdenciário do requerente e ao pagamento de indenização por dano moral Insurgência do réu – Parcial cabimento – Hipótese em que a instituição financeira não se desincumbiu do ônus de comprovar a solicitação do saque pelo autor, impondo-se a declaração de inexistência do débito – Necessidade de restituição dos valores descontados indevidamente do benefício previdenciário do autor – Restituição que deve ser feita de forma simples, uma vez que não restou demonstrada a má-fé do réu – **Ademais, embora seja inequívoca a falha do serviço prestado pela instituição financeira, os elementos dos autos não indicam que o transtorno experimentado pelo autor tenha extrapolado a esfera do mero aborrecimento, sobretudo em razão da ausência de**

Acesso ao Sumário

cobrança vexatória e dos valores ínfimos descontados indevidamente – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (TJSP; Apelação Cível 1002473-41.2019.8.26.0368; Relator: Desembargador Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Alto – 3ª Vara; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 01/09/2020).

Cumpre salientar que a autora não sofreu abalo de crédito em razão destes indevidos descontos, tampouco lhe foi imposta qualquer restrição cadastral e não houve lesão à sua honra objetiva e subjetiva.

Além disto, não ficou evidenciada, no caso vertente, a ocorrência de cobranças vexatórias ao consumidor.

Nestas condições, não ocorreu dano moral passível de reparação, razão pela qual o recurso do réu comporta provimento, neste ponto.

Por conseguinte, a presente ação é parcialmente procedente. Assim, houve sucumbência recíproca, pois a autora decaiu da sua pretensão de indenização, a título de dano moral e de restituição em dobro, enquanto a instituição financeira ré foi vencida em relação à declaração de inexistência de relação jurídica e à condenação à restituição simples dos valores indevidamente descontados.

Destarte, nos termos do artigo 86, "caput", do Código de Processo Civil, devem ser distribuídos e compensados, entre as partes, em proporções iguais, as custas e despesas processuais, devendo cada parte arcar com os honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, isto é, R$ 20.036,26 (vinte mil e trinta e seis reais e vinte e seis centavos) (fls. 9), corrigido a partir do ajuizamento da ação, sendo vedada a compensação desta verba, nos termos do art. 85, § 14, do novo Código de Processo Civil, com a observação de ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 19)

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso do réu para os fins supramencionados e julgo prejudicado o recurso adesivo da autora. Ficam prequestionadas as matérias alegadas pelas partes, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000121-63.2021.8.26.0070, da Comarca de Batatais, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelado CARLOS EDUARDO MACHADO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nega-

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.527 – JV)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: DANOS MORAIS. Financiamento com alienação fiduciária em garantia. Quitação. Baixa de gravame. Demora atribuível exclusivamente à desídia da instituição financeira. Falha na prestação de serviços. Prejuízo extrapatrimonial agravado pela frustração de vendas. Constrangimento perante terceiros corroborado por prova testemunhal. Indenização devida. Quantum. Fixação em montante adequado e razoável. Redução. Descabimento. Juros moratório, Incidência a partir da citação. Responsabilidade civil contratual. Sentença mantida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Apelação contra respeitável sentença (fls. 101/108) que extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, em relação ao pedido de baixa de gravame e parcialmente procedente o pedido para condenar o apelante ao pagamento de indenização por danos morais, que fixou em R$. 5.000,00, montante inferior ao pretendido pelo apelado, a serem atualizados desde o arbitramento e acrescidos de juros moratórios desde a data da citação. Em razão da sucumbência, condenou o apelante, ainda, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais, estes fixados em R$. 1.000,00.

Apela o réu. Sustenta que não praticou ato ilícito nem causou danos morais ao apelado, impondo-se solução de improcedência para o pedido indenizatório. Aduz que o apelado não observou o prazo para emissão de novo CRV, o que impediu a baixa do gravame. Defende que a demora em baixa o gravame não enseja dano moral *in re ipsa*. Subsidiariamente, pretende a redução da indenização arbitrada. Aduz que os juros moratórios deverão incidir a partir do arbitramento. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 125/130).

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação ajuizada pelo apelado pretendendo a condenação da apelante ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em providenciar a baixa do gravame atinente ao veículo FIAT/TORO VOLCANO AT D4 de placa FOT6555 e RENAVAM 1109591176, bem como à indenização por danos morais em montante não inferior a trinta salários mínimos.

Na respeitável sentença apelada, o juízo a quo julgou prejudicado o pedido de baixa do gravame, ante a adoção de tal providência pela instituição financeira, e parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais, que fixou em R$. 5.000,00, montante inferior pretendido pelo autor.

Insurge-se a instituição financeira exclusivamente em relação à procedência do pedido indenizatório, mas sem razão.

Com efeito, conforme a respeitável sentença, *verbis*:

"O demandante sustenta em sua inicial que o Sr. Cláudio Osmir Tomazela conseguiu concluir o financiamento do veículo junto à Aymoré mesmo estando sem o recibo de transferência.

Em audiência de instrução, o autor, em depoimento pessoal disse que é o dono do veículo e comprou do Sr. Rafael Dimas e deixou em uma loja para vender o carro e esta loja financiou o carro para o Claudiomir. Informa que o Santander formalizou o financiamento do carro, por causa da pandemia, sem o documento do veículo, e esse veículo estava em processo de transferência para o Sr. Rafael. Informa que o agente financeiro Renato pagou a ficha sem o recibo devido e informou que em uma semana retiraria a intenção de gravame para que no Detran o processo do Sr Rafael fosse concluído. Informa que nesse prazo que o banco Aymoré pediu para retirar a intenção de gravame, não foi retirado e a intenção virou o gravame e o banco não conseguiu retirar esse gravame no nome do Sr Claudiomir. Então o banco pediu para quitar o financiamento que tinha acabado de ser financiado para conseguir retirar o gravame e eles continuarem com o processo de transferência do veículo para o Sr. Rafael. O autor pagou juros e quitou o financiamento e os interessados no carro não quiseram mais comprar o veículo. Informa que mesmo após a quitação do empréstimo o banco não retirou o gravame, vindo a retirar apenas em janeiro. Alega que perdeu dois interessados no veículo. Alega também que foram vários os pedidos na financeira para solucionar o problema, mas não conseguiram.

A testemunha do autor, Leonardo Vieira de Carvalho, informa que é dono da loja do veículo e tanto o autor quanto a loja ficaram constrangidos perante às pessoas da cidade, por ser uma cidade pequena. Não conseguiam regularizar o documento para o cliente por causa do

gravame e gerou desconfiança. Geralmente os bancos retiram o gravame em poucos dias.

Verifica-se, no caso, que a instituição financeira atuou com culpa ao conceder financiamento em compra de veículo sem a verificação dos documentos do vendedor, uma vez que o proprietário do veículo deve assinar o recibo de transferência. O veículo estava em processo de regularização, sendo transferido aos herdeiros do proprietário e devido ao gravame realizado pelo banco, não foi possível regularizar a documentação.

Nesse sentido, trago a colação o seguinte julgado do E. TJSP em caso semelhante:

"EMENTA: Bem móvel Declaratória c.c. indenização Veículo deixado em consignação que é alienado sem o conhecimento do autor, que não assinou o respectivo recibo de transferência Banco réu que concedeu financiamento ao adquirente sem acurada análise da documentação, inserindo gravame sobre o veículo Responsabilização Cabimento Danos morais Configuração Improvimento. (Apelação nº 1001273-82.2017.8.26.0169, da Comarca de Duartina, Relator Vianna Cotrim, j. 16.01.2019).

Após o erro na concretização do empréstimo, cabia ao banco cancelar o empréstimo voltando ao status quo ante. Contudo, para regularização, solicitou a quitação do empréstimo com juros e atualização monetária, o que foi realizado pelo autor.

Ademais, mesmo o autor quitando totalmente o contrato, o banco requerido demorou quatro meses para liberar o gravame.

Ora, após a quitação bastava a providência unilateral da instituição financeira para a solução do impasse.

Ressalto que a Resolução n° 320/09 do CONTRAN, em seu artigo 9º, assim disciplina: "Art. 9º Após o cumprimento das obrigações por parte do devedor, a instituição credora providenciará, automática e eletronicamente, a informação da baixa do gravame junto ao órgão ou entidade executivo de trânsito no qual o veículo estiver registrado e licenciado, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Evidente, pois, a responsabilidade exclusiva do réu pela baixa do gravame, não havendo que se cogitar da prévia transferência do DUT/CRV pelo autor, sobretudo porque a norma supra não faz tal ressalva.

A negligência do réu é inadmissível. Se a restrição foi anotada pelo banco no início do contrato, obviamente não era do cliente a incumbência da baixa junto ao órgão de trânsito.

Importante consignar, ainda, que a responsabilidade do banco tem fundamento no risco da atividade que exerce, pois, auferindo vantagens

Acesso ao Sumário

econômicas inerentes ao serviço financeiro que coloca no mercado, nada mais justo que responda pelas consequências danosas oriundas da defeituosa prestação desse serviço.

Neste sentido:

"Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. Indenização por danos morais. Autor que teve seu nome incluído no rol de inadimplentes sem ter firmado qualquer contrato com a ré. Responsabilidade da prestadora de serviço quanto à segurança da contratação. Responsabilidade que decorre do risco profissional de sua atividade. Ré que não consegue demonstrar a relação jurídica com o autor, trazendo aos autos cópia da tela de seu sistema, segundo a qual, o telefone cobrado foi instalado em endereço distinto daquele pertencente ao autor. Dano moral configurado. Apontamento anterior do nome do autor na Serasa pelo Tribanco, que é objeto de ação própria, com antecipação de tutela já concedida. Reparação do dano moral que deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, sem configurar fonte de enriquecimento ilícito em detrimento da parte vencida [...]". (TJSP – Apelação nº 0000806-29.2015.8.26.0222 – 32ª Câmara de Direito Privado relator Des. Ruy Coppola j. em 06/10/2016).

Destarte, houve falha da instituição financeira, pois competia ao réu providenciar a baixa do gravame imediatamente após a quitação integral do contrato.

Na hipótese, não há que se falar em culpa do consumidor (exclusiva ou concorrente), para anular a responsabilidade das instituições financeiras no evento danoso, o que torna isolada a tentativa da parte requerida de transferir à vítima os desgostos da atividade malsucedida.

A responsabilidade civil exige, para o surgimento do dever de indenizar, em sua modalidade subjetiva, consoante o artigo 186 do Código Civil, ação ou omissão, dano, nexo de causalidade e culpa (cf. Duarte, Nestor. Código Civil comentado. Coordenação Cezar Peluso, Barueri: Manole, 2007, p. 123).

Na hipótese sub judice, todos os seus pressupostos restaram configurados, de sorte a ensejar a condenação do requerido a reparar os danos morais experimentados pelo autor.

Com efeito, no que diz respeito ao dano moral, restou configurado pelo descaso com o consumidor.

Sobre o tema, esclarecedoras as lições do ilustre Orlando Gomes:

"Dano moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem. (...) Observe-se, porém, que esse dano não é pro-

Acesso ao Sumário

priamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nestes termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à culpa". (in "Obrigações", 11ª ed. Forense, pp. 271/272).

Quanto à necessidade de comprovação, importante notar que a caracterização do dano moral decorre da própria conduta lesiva, sendo aferido segundo o senso comum do homem médio, conforme leciona Carlos Alberto Bittar:

"(...) na concepção moderna da teoria da reparação dos danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por forçado simples fato da violação (...) o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge "ex facto" ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em "damnum in re ipsa". Ora, trata-se de presunção absoluta ou "iure et de iure", como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em contrário. Com efeito corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral." (in "Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., pp.202/204).

Houve, portanto, evidente falha nos serviços prestados pela apelante, que registrou o gravame sem verificar se a venda do veículo fora, de fato, concretizada, e, ainda, após a quitação do financiamento (fls. 24/25), demorou mais de três meses para cancelar a anotação (fls. 30).

Registre-se, tocante ao ponto, que somente após a baixa do gravame pela instituição financeira tem cabimento a emissão de novo CRV pelo proprietário do automóvel, pois tal providência, evidentemente, se presta à obtenção de documento sem a anotação da alienação fiduciária, sendo descabida a alegação da apelante de que não efetuou a baixa porque o apelado não emitiu tal documento.

No mais, os presumíveis transtornos decorrentes da injusta restrição ao exercício dos direitos de propriedade foram agravados na hipótese, pois, consoante corroborado pela testemunha Leonardo Vieira de Carvalho, a demora para baixar o gravame de alienação fiduciária embaraçou a venda do veículo a terceiros e, ainda ensejou o questionamento da idoneidade do apelado por potenciais compradores (fls. 84).

O episódio relatado, portanto, não traduz situação de mero aborrecimento. Este é passageiro e faz parte da vida diária das pessoas. Não maltrata o seu

Acesso ao Sumário

íntimo, a alma, como ocorre quando os fatos são extraordinários e singulares, como se revelaram os que serviram de fundamento ao pedido inicial, a comportar tutela no campo da responsabilidade civil.

Acertada, portanto, a condenação do apelante à indenização por danos morais causados ao apelado.

Tocante ao *quantum* indenizatório, é pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que *"a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta"* (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.2001).

Destinando-se a indenização por danos morais a desestimular a repetição da falha do comportamento desidioso que vitimou o apelado, e levando-se em consideração a extensão dos danos e o caráter preventivo da reparação, o montante arbitrado pela respeitável sentença (R$. 5.000,00) não se mostra excessivo, ficando, em realidade, aquém às quantias usualmente adotadas por esta Câmara em casos análogos.

No mais, sem razão o inconformismo da apelante tocante ao termo inicial dos juros moratórios, que, por se tratar de hipótese de responsabilidade civil contratual submetem-se à regra estabelecida pelo artigo 405 do Código Civil e, portanto, incidem a partir da data da citação, relevando notar que a ementa citada nas razões recursais é de 2005 e reflete entendimento já há muito superado.

Impõe-se, portanto, a manutenção da respeitável sentença e, em consequência, a majoração dos honorários sucumbenciais para R$. 1.500,00, em atenção ao disposto no § 11 do artigo 85 do CPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003112-63.2021.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A, é apelado/apelante IRENE CAROLINA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, deram parcial provimento ao recurso do réu e negaram provimento ao recurso da autora", nos termos do voto do 2º Juiz, designado para o acórdão. Vencidos a Relatora, que declara, e o 3º Juiz.

(Voto nº 22.387)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, vencedor, ANA CATARINA STRAUCH, vencida, PEDRO KODAMA (Presidente), SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, 2º Juiz e Relator designado

Ementa: BANCÁRIOS – Empréstimo Consignado – Alegação de não contratação – Sentença de procedência – Falsificação de assinatura no contrato constatada na perícia grafotécnica – Prestação de serviço defeituoso caracterizado – Pedido declaratório bem acolhido – Danos morais, nas circunstâncias, não caracterizado – Indenização indevida – Condenação desconstituída – Perda de objeto da pretensão de majoração do valor da indenização – Juros de mora da data da citação pelo evento na conta bancária – Decaimento recíproco (CPC, art. 86, "caput") – Adequação dos ônus – Ação parcialmente procedente – Sentença substituída – Recurso do réu parcialmente provido, e recurso da parte ativa desprovido.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença a fls. 337/344, de relatório adotado, que julgou a ação com o dispositivo que segue: *"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, com resolução de mérito nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, a presente ação ajuizada por IRENE CAROLINA DA SILVA contra BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A, para o fim de: a) DECLARAR a inexistência de relação jurídica entre as partes relativamente ao contrato de n.º 621221090 (fls. 88/89), devendo o requerido promover o cancelamento definitivo da referida operação financeira junto ao benefício previdenciário de pensão por morte percebido pela parte autora. Por conseguinte, CONVALIDO a decisão antecipatória de fls. 25/26. Oficie-se. b) CONDENAR o requerido a restituir à autora as quantias indevidamente descontadas do benefício previdenciário de pensão por morte, de forma simples, relativamente ao contrato questionado na petição inicial, a serem apuradas e consolidadas em fase de cumprimento de sentença, corrigidas monetariamente pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça de São Paulo a partir da data dos*

Acesso ao Sumário

respectivos desembolsos e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, devendo ser somados à condenação eventuais descontos ocorridos no curso do processo, nos termos do art. 323 do CPC, nos termos da fundamentação supra; e c) CONDENAR o requerido a pagar à parte autora a importância de R$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de danos morais, com correção monetária e juros legais de 1% ao mês, ambos contados a partir desta sentença (Súmula 362, do STJ). Determino, outrossim, a devolução pela parte autora da quantia a ela disponibilizada em razão dos contratos mencionados, no importe de R$ 608,14 (seiscentos e oito reais e quatorze centavos), devidamente corrigida pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça de São Paulo desde a data do crédito, ficando autorizada a compensação com o valor da condenação. Consigno que tal valor encontra-se depositado em juízo, consoante se verifica de fls. 33/35. Sucumbente, arcará o requerido com o pagamento das custas e das despesas processuais, bem como de honorários de advogado que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2.º, do CPC.".

O réu recorre (fls.347/354) alegando, em síntese, ocorrência de fato de terceiro; que foi vítima; que não foi provada culpa sua; que não há prova do dano moral alegado; que o valor da indenização e dos honorários devem ser reduzidos. Pede provimento e alternativamente redução do valor da indenização.

A parte ativa recorre (fls. 369/380) pedindo provimento do recurso para majoração do valor da indenização por danos morais e valor dos honorários sucumbenciais, além de aplicação de juros desde o evento danoso.

Contrarrazões da autora às fls. 360/368, e do banco às fls. 384/389.

É o Relatório.

Admissibilidades recursais positivadas.

Diante da falsificação da assinatura da parte ativa no contrato impugnado, e respondendo o banco pelos atos de seus prepostos, parceiros e correspondentes, senão pela autoria, mas pela prestação de serviço defeituoso verificado na aceitação do negócio jurídico, e relembrada a Súmula STJ 479, inviável é acolhimento da excludente do fato de terceiro regrada no CDC, art. 14, § 3º, II, emergindo responsabilidade e obrigação da casa bancária de indenizar eventual resultado danoso.

Acesso ao Sumário

O acolhimento do pedido declaratório de inexistência de relação jurídico-contratual e o consequente de inexigibilidade de débitos e o da obrigação de cancelar contrato e descontos, importa em tornar as partes ao estado anterior em que se encontram, cujo efeito é o da restituição de valores debitados por conta de parcelas do contrato objetado, e a devolução dos valores creditados por conta desse mesmo contrato.

A restituição em favor da parte ativa e a compensação estão contempla-

dos na sentença.

Rejeita-se, todavia, o pedido de indenização por danos morais, pois, no caso, houve crédito do valor mutuado, e o contrato até prova em contrário se apresentava hígido para o banco, tanto que disponibilizou o crédito, que a sentença manda restituir, e o valor das parcelas é ínfimo e não atingiu ativos da parte ativa, de modo que, nada obstante o fato de que houve cobrança indevida de parcelas de empréstimo não contratado, elementos não há a demonstrar que esta circunstância tenha caracterizado o dano moral alegado na causa de pedir.

O dano moral comporta indenização quando o evento resulta em indubidoso reflexo no íntimo da pessoa, gerando mal-estar psíquico, no que não se enquadram descumprimentos contratuais e situações mesmo que oriundas de fraudes, mas sem reflexos aquilatáveis, cuidando então de mero aborrecimento das ocorrências no relacionamento bancário.

A situação vivenciada não ultrapassou a seara do mero aborrecimento, sem qualquer repercussão e ofensa aos direitos de personalidade ou submissão a situação vexatória capaz de ensejar dano moral passível da indenização que assegura a CF, art. 5º, X.

Nesse sentido, leciona Silvio de Salvo Venosa: *"Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.* ***Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização"*** (Direito Civil, Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 12ª Ed., 2012, pg. 46).

Na lição de Flávio Tartuce: *"Tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o 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"* (Manual de Direito Civil, volume único, Ed. Método, 6ª Ed., 2015, pg. 529).

Na mesma conformidade, o Ministro Cesar Asfor Rocha, no julgamento do REsp nº 606.382-MS, assim se posicionou: *"O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige".*

Nesse sentido:

> ***"A caracterização do dano moral exige que a comprovação do dano repercuta na esfera dos direitos da personalidade. A fraude bancária, nessa perspectiva, não pode ser considerada suficiente, por si só, para a caracterização do dano moral. Há que se avaliar as circunstâncias que***

Acesso ao Sumário

orbitam o caso, muito embora se admita que a referida conduta acarrete dissabores ao consumidor. Assim, a caracterização do dano moral não dispensa a análise das particularidades de cada caso concreto, a fim de verificar se o fato extrapolou o mero aborrecimento, atingindo de forma significativa algum direito da personalidade do correntista". *(STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1669683/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 30/11/2020)*

E precedentes desta c. Câmara: Ap. 1013008-85.2018.8.26.0005; 1003117-07.2021.8.26.0564; 1001328-06.2020.8.26.0435.

Assim sendo, segue acolhida a irresignação recursal do banco e desconstituída a condenação por danos morais; e, via de consequência sem objeto resulta o recurso da parte ativa postulando majoração do valor dessa desconstituída indenização.

No que tange à pretensão da parte ativa de fixação do termo inicial dos juros de mora como sendo o do evento danoso, correta a sentença na adoção da data da citação (CC, art.405), uma vez que o evento ocorreu no âmbito do contrato de conta corrente, no qual foi até creditado o valor mutuado, e nela debitado o valor de parcelas, depois tudo impugnado.

Quanto aos honorários advocatícios o regime de decaimento é o recíproco (CPC, art. 86, "caput"), de modo que arcam as partes em proporção com custas e despesas processuais, e cada qual com honorários advocatícios dos patronos da parte contrária, no percentual da sentença, mas incidindo sobre o proveito obtido na ação/recurso, com arbitramento de valor mínimo de R$ 1.000,00 como forma a não aviltar a atividade da advocacia; é vedada compensação (CPC, art. 85, § 14), e de observância a gratuidade de justiça e a condição suspensiva prevista pelo art. 98, § 3º, CPC.

Nessa quadra, o recurso do réu é parcialmente provido e o da parte ativa desprovido, e a sentença substituída.

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

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

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso**

Acesso ao Sumário

do réu e nego provimento ao recurso da autora.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Voto nº 21.015

Vistos.

A Douta Magistrada *a quo*, ao proferir a r. sentença de fls. 337/344, cujo relatório adoto, julgou a *"AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA"*, movida por *IRENE CAROLINA DA SILVA* em face do *BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A*, nos seguintes termos: *"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, com resolução de mérito nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, a presente ação ajuizada por IRENE CAROLINA DA SILVA contra BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A, para o fim de: a) DECLARAR a inexistência de relação jurídica entre as partes relativamente ao contrato de n.º 621221090 (fls. 88/89), devendo o requerido promover o cancelamento definitivo da referida operação financeira junto ao benefício previdenciário de pensão por morte percebido pela parte autora. Por conseguinte, CONVALIDO a decisão antecipatória de fls. 25/26. Oficie-se. b) CONDENAR o requerido a restituir à autora as quantias indevidamente descontadas do benefício previdenciário de pensão por morte, de forma simples, relativamente ao contrato questionado na petição inicial, a serem apuradas e consolidadas em fase de cumprimento de sentença, corrigidas monetariamente pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça de São Paulo a partir da data dos respectivos desembolsos e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, devendo ser somados à condenação eventuais descontos ocorridos no curso do processo, nos termos do art. 323 do CPC, nos termos da fundamentação supra; e c) CONDENAR o requerido a pagar à parte autora a importância de R$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de danos morais, com correção monetária e juros legais de 1% ao mês, ambos contados a partir desta sentença (Súmula 362, do STJ). Determino, outrossim, a devolução pela parte autora da quantia a ela disponibilizada em razão dos contratos mencionados, no importe de R$ 608,14 (seiscentos e oito reais e quatorze centavos), devidamente corrigida pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça de São Paulo desde a data do crédito, ficando autorizada a compensação com o valor da condenação. Consigno que tal valor encontra-se depositado em juízo, consoante se verifica de fls. 33/35. Sucumbente, arcará o requerido com o pagamento das custas e das despesas processuais, bem como de honorários de advogado que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2.º, do CPC."*.

Acesso ao Sumário

Insurgência recursal do réu (fls. 347/354). Defende que não pode ser responsabilizado por ato de terceiro. Afirma que não houve prova de sua culpa, e que foi tão vítima quanto a autora. Além disso, diz que a autora não comprovou os danos morais sofridos. Insurge-se, ainda, contra os honorários sucumbenciais, argumentando que estes foram fixados em valor elevado. Postula a improcedência da ação e, subsidiariamente, a redução do montante indenizatório.

Insurgência recursal da autora, na modalidade adesiva (fls. 369/380). Busca a majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais e de honorários sucumbenciais. Requer a aplicação de juros de mora desde o evento danoso.

Contrarrazões apresentadas pela autora, às fls. 360/368, e pelo banco, às fls. 384/389.

Subiram os autos para julgamento. Não há oposição ao julgamento virtual.

É o Relatório.

Inicialmente, exercido o juízo de admissibilidade em cumprimento ao disposto no art. 1.010, § 3º do CPC, vale consignar que os presentes recursos são tempestivos, estando o do réu devidamente preparado e o da autora dispensado de preparo.

Trata-se de AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA", movida por *IRENE CAROLINA DA SILVA* em face do *BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A,* objetivando a declaração de inexigibilidade do contrato de empréstimo consignado, além da devolução dos valores descontados de seu benefício previdenciário e, ao final, a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, na quantia de R$ 10.000,00.

Relatou, em síntese, ter sido surpreendida ao constatar um empréstimo consignado em seu benefício previdenciário, no valor de R$ 608,14, para pagamento em 84 parcelas de R$ 14,20, com início da primeira parcela em 09/2020, o qual nega ter contratado.

No curso do processo, produziu-se prova pericial, cujo laudo foi juntado às fls. 302/326, sobrevindo a manifestação das partes (fls. 331 e 332/336).

Sobreveio a r. **sentença de procedência.**

Pois bem.

Aplicam-se ao presente caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois a autora alega ser vítima de evento relacionado à prestação de serviços pelo réu, no mercado de consumo (art. 17, CDC).

Ademais, o CDC se aplica às Instituições Financeiras, conforme estabe-

Acesso ao Sumário

lece a Súmula 297, do Superior Tribunal de Justiça: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".*

A autora afirmou não ter celebrado o contrato objeto da lide. Lado outro, o réu defendeu a regularidade da contratação.

Por fim, o i. perito concluiu pela falsidade das assinaturas constantes nos instrumentos.

Com efeito, **restou incontroverso que a operação financeira não foi realizada pela autora, razão pela qual deve ser mantida a declaração de inexistência do negócio jurídico.**

Noutro giro, a **indenização por danos morais deve ser mantida.**

Isso porque, a autora foi alvo de fraude, com o risco de desconto indevido em seu benefício previdenciário. Além do mais, teve que suportar o ônus de atuar em ação judicial que não deu causa.

Portanto, vislumbro ofensa a sua honra e ao seu direito de personalidade.

Consoante bem preleciona Savatier, o dano moral é: *"qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a sua feições, etc."* (traité de La responsabilité civile, vol II, n. 525).

Segundo ainda Dalmartello, em sua obra Danni morali contrattuali, *"tem como elementos caracterizadores a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.,); dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.,); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.,) e dano moral puro (dor, tristeza, etc;.)"* (in Revista di diritto Civile, 1933 p. 55, apud Responsabilidade Civil, Rui Stocco, RT. 4ª. edição, p. 674).

Lado outro, **para a fixação da indenização pelos danos morais**, o juiz deve proceder ao arbitramento de modo que não seja nem inócuo e nem absurdo, devendo sopesar as condições dos envolvidos, as circunstâncias e as consequências do evento danoso. Sua fixação deve, ao mesmo tempo, compensar o sofrimento do lesado e servir de punição ao ofensor, não podendo ser fonte de enriquecimento ilícito para qualquer das partes, mas sim tem que estar de acordo com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nos dizeres de HUMBERTO THEODORO a fixação deve ser feita "*dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio -econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão."* (RT

Acesso ao Sumário

662/9).

Diante destes elementos, considerando as peculiaridades do caso em tela, **entendo ser razoável e proporcional o montante indenizatório fixado em R$ 6.000,00**.

Os juros de mora incidem a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54, do E. STJ.

Com relação **aos honorários advocatícios**, convém mencionar que estes têm por finalidade remunerar o trabalho desenvolvido pelo profissional, considerando o grau de zelo, o tempo exigido para a solução da lide e a maneira como foi realizado.

Quanto ao tema, trago a lume os ensinamentos do i. Prof. Dr. YUSSEF CAHALI , em sua obra "Honorários Advocatícios", 2ª ed. RT, 1990:

"(...) Pois, já então se afirmava, em enunciado que continua válido, que "a observância de norma legal da moderação, na fixação da condenação do vencido em honorários advocatícios, não pode ofender outro não menos respeitável princípio do procedimento judiciário, tal seja o da consideração que se há de prestar ao legítimo exercício da advocacia e o indispensável concurso que presta o advogado à realização da Justiça. Os honorários de advogado perderam, há muito tempo, a significação histórica que originou a expressão, não se tratando mais de uma homenagem ou honraria, mas sim de uma simples prestação alimentícia, tão indispensável como qualquer outra e que se há se fixar tendo em vista a norma legal da moderação, mas considerando-se, também, a categoria social e cultural do advogado e suas graves responsabilidades"; é que "os honorários devem ser moderados, mas condignos. A dignidade de qualquer profissão não é aferível apenas em função da remuneração, mas não resta dúvida de que ela integra o valor moral do causídico."

Cabe ainda esclarecer que o arbitramento dos honorários advocatícios é atribuição do Juiz, que deve se pautar pelos regramentos contidos no artigo 85 e seguintes, do Código de Processo Civil.

In casu, **os honorários advocatícios foram fixados nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, não havendo o que ser alterado**.

Assim, diante das peculiaridades do caso em tela, aliada ao conjunto probatório acostado aos autos, **de rigor a reforma pontual da r. sentença, para fixar o termo inicial dos juros de mora a partir do evento danoso**.

Tendo em vista o desprovimento do apelo réu, consoante dispõe o § 11, do art. 85, do CPC, ficam os honorários advocatícios majorados para 20% sobre o valor da condenação, devidamente atualizado pela Tabela Prática deste E. TJ/SP.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DA AUTORA.**

Acesso ao Sumário

Por fim, tendo em vista o provimento parcial do presente recurso, deixo de majorar os honorários advocatícios conforme previsão do § 11, do artigo 85, do CPC/15, pois, conforme o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a majoração somente caberá nos casos de *"não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente."* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Dj. 04.04.2017).

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora Vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1010394-30.2019.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante DIVINO ANTÔNIO LOPES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.387)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GIL COELHO (Presidente sem voto), MARINO NETO e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Contrato bancário – Responsabilidade civil – Autor que alega ter sido vítima golpe que culminou com a troca de seu cartão por terceiro na utilização de terminal de autoatendimento – Pretensão de ser ressarcido dos valores retirados de sua conta bancária e de recebimento de indenização por dano moral – Sentença que julgou improcedentes os pedidos do autor – Insurgência do autor – Cabimento – As transações realizadas por terceiro destoam substancialmente do perfil do requerente – Ademais, a instituição financeira não impugnou a afirmação do

Acesso ao Sumário

autor, verossímil à luz dos documentos apresentados pelo próprio réu, de que o gerente da conta contatou o requerente em razão das movimentações atípicas – Falha na prestação do serviço bancário configurada – Hipótese em que, se a instituição financeira identificou a existência de movimentações atípicas na conta bancária do autor a ponto de contatá-lo para tratar do assunto, era seu dever agir com cautela e impedir a concretização das operações até que sua regularidade fosse confirmada – Ressarcimento devido – Dano moral configurado – Autor que teve quase a integralidade do limite de crédito rotativo de sua conta consumido pelas operações irregulares e teve de socorrer-se do Poder Judiciário para obter o ressarcimento – Considerando as circunstâncias do caso concreto, o valor de R$ 3.000,00 é adequado aos fins colimados – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença, que, em *"ação de indenização de danos morais e materiais"*, ajuizada por DIVINO ANTÔNIO LOPES contra ITAÚ UNIBANCO S/A, julgou improcedentes os pedidos formulados pelo autor, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em favor do patrono do réu, fixados em 10% do valor atualizado da causa (fls. 465/468).

Recorre o autor. Sustenta que o D. Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados com base na presunção de que a senha do requerente teria sido visualizada por terceiro. Aduz ter sido vítima de troca de cartões realizada por terceiro, sendo que o indivíduo que realizou a troca conseguiu realizar três operações com o cartão do auto, sendo um saque no valor de R$ 420,00 e duas compras, uma no valor de R$ 2.999,99 e outra no valor de R$ 2.500,00, totalizando prejuízo de R$ 5.919,99. Argumenta que a atipicidade nas transações bancárias foi observada pela própria instituição financeira, que contatou o autor, momento em que o requerente se deu conta de ter sido vítima da troca de cartões. Defende que é do réu o ônus de demonstrar que foi o consumidor quem realizou as operações impugnadas, o que não fez. Acrescenta que a culpa de terceiro não afasta a responsabilidade do réu, que deve suportar os riscos de sua atividade econômica. Pleiteia a condenação do réu ao ressarcimento dos valores das transações impugnadas e ao pagamento de indenização por dano moral.

Recurso recebido e contrariado (fls. 487/506).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de *"ação de indenização de danos morais e materiais"*, ajuizada por DIVINO ANTÔNIO LOPES contra ITAÚ UNIBANCO S/A.

O autor narrou, na petição inicial, que é cliente do banco réu e, em 04/12/2019, utilizou um terminal de autoatendimento situado em supermercado na cidade de Itaquaquecetuba (SP). Aduziu ter realizado saque no valor de R$ 350,00. Alegou que, ao final da transação, quando estava prestes a sair do estabelecimento comercial, *"foi chamado por um desconhecido, o qual informou que havia esquecido o cartão e deixado a conta aberta"* (fl. 02). Mencionou que, neste momento, o terceiro, que estava no terminal de autoatendimento que o requerente havia acabado de utilizar, *"fez a troca do cartão, retirando o cartão do requerente, e substituindo por outro idêntico, cuja titularidade era de Jorge Spacot (agência 0137, conta corrente 59860-3), provavelmente outra vítima de estelionatários"* (fl. 03). Afirmou não ter notado a troca dos cartões. Acrescentou que, na sequência, seu cartão foi utilizado pelo criminoso na realização de transações que totalizaram R$ 5.919,99, sendo um saque no valor de R$ 420,00 e duas compras no estabelecimento identificado como *"RSHOP-PAG*Leonard-04/12"*, uma no valor de R$ 2.999,99 e outra no valor de R$ 2.500,00. Destacou ter tomado ciência do golpe após contato telefônico realizado pelo réu, por meio de seu gerente pessoal, que notou movimentação atípica de valores na conta. Salientou que logo após o contato a conta foi bloqueada. Ressaltou, também, ter comparecido à Delegacia de Polícia e registrado Boletim de Ocorrência no mesmo dia dos fatos. Relatou que, no entanto, a instituição financeira negou o ressarcimento dos valores das transações realizadas pelos criminosos.

Nesse contexto, ajuizou a presente demanda, pleiteando a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 5.919,99, bem como ao pagamento de indenização por dano moral.

Em contestação, o réu sustentou que o terminal de autoatendimento utilizado pelo autor não é de sua propriedade, mas da empresa Tecban, e está vinculado à rede *"Banco 24 Horas"*. Destacou que o golpe do qual foi vítima o autor contou com a participação do requerente para a concretização. Defendeu não ter havido *"clonagem do cartão ou senha, mas as simples captura de ambos, tendo a parte permitido o manuseio do cartão, bem como visualização da senha ao digitá-la no terminal"* (fl. 84). Salientou que o evento narrado pelo autor não é de responsabilidade da instituição financeira, uma vez que decorreu de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. Acrescentou que *"em que pese aduzir 'não ter fornecido sua senha', o autor, seguindo as instruções do meliante, retornou ao terminal, no qual realizou novo acesso, inserindo seu cartão e digitando*

Acesso ao Sumário

sua senha" (fl. 92). Relatou, também, ter agido de forma diligente ao bloquear a conta por medida de segurança, a fim de evitar o acesso de terceiros à conta. Argui, ainda, que as transações realizadas por terceiros não destoam do perfil das operações regularmente realizadas pelo autor. Defendeu ser impossível a clonagem de dados de cartão que conta com *chip*. Concluiu não haver ato ilícito a ser indenizado.

O D. Juízo *a quo* julgou a ação improcedentes os pedidos formulados pelo autor, nos seguintes termos (fls. 465/468):

> *"O feito comporta pronto julgamento, haja vista a desnecessidade da produção de novas provas. Sobre o tema, traz-se à baila: 'Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, é não mera faculdade assim proceder' (STJ 4ª T. REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Fiqueiredo. j. 14.08.90). No mesmo sentido: RSTJ 102/500, RT 782/302.*
>
> *Sem preliminares diversas da intromissão meritória.*
>
> *No mérito, a pretensão inicial merece perceber o julgamento de improcedência.*
>
> *Na dicção do artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, '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'.*
>
> *Cabe advertir, no entanto, que no caso dos autos a própria parte autora fora negligente com a guarda e o uso do cartão.*
>
> *Averbe-se que o autor fora vítima de estelionato, no interior de supermercado onde são mantidos caixas eletrônicos, sem que tivesse havido falha alguma por parte da instituição financeira na prestação do serviço que lhe cabe. Inexistência, por conseguinte, de dever do banco réu de reembolsar a demandante pelos danos materiais sofridos e pelos danos morais alegados.*
>
> *Ao proprietário da coisa cabe exercer a guarda e vigilância de seus bens. Com efeito, sobrevindo descuido sobre seus deveres de proprietária, deve responder pelas consequências da sua negligência, de tal sorte que inviável a responsabilização da requerida.*
>
> É importante frisar, ainda, que o *'golpe' noticiado nos autos ocorrera fora das dependências da agência bancária, afastando, peremptoriamente, a responsabilidade civil da instituição financeira, forte na ocorrência de fortuito externo. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho: '[...] a culpa exclusiva de terceiros apta a elidir a responsabilidade objetiva do fornecedor é espécie do gênero fortuito externo, assim entendido*

Acesso ao Sumário

aquele fato que não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço'. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 185).

Embora se trate de responsabilidade objetiva, em hipóteses de fato exclusivo da vítima, não há se falar em dever de indenizar. Na dicção de Cristiano Chaves de Farias: 'Se eventualmente a própria vítima se coloca em condições de sofrer um dano, havendo necessária relação entre seu comportamento e as lesões daí decorrentes surgirá a excludente de nexo causal do fato exclusivo da vítima. Nesses casos o agente será apenas um aparente responsável, servindo com simples instrumento para a conflagração do evento lesivo.' (Farias, Cristiano Chaves de, Curso de Direito Civil: responsabilidade civil, 3ª ed., Ed. JusPodivum, 2016).

Nessa perspectiva, aplicável ao caso o disposto no artigo 14, § 3°, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, em que o fornecedor de serviços não responde no caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Cumpre observar que, independente da modalidade de responsabilidade civil, sua caracterização invariavelmente depende da existência da conduta, dano e um nexo de causalidade entre ambos.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho leciona: 'O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.' (Cavalieri Filho, Sérgio – Programa de Responsabilidade Civil/Sérgio Cavalieri Filho. – 7. Ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007).

Daí é possível concluir que o nexo causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, de modo que é o elemento referencial para concluir o causador do dano. A propósito, colaciona-se: 'RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos materiais e morais Fraude bancária denominada 'troca do cartão' – Ilícito perpetrado fora da agência bancária, mais precisamente em caixa eletrônico situado em supermercado – Teoria do risco e dever de indenizar que não incide no caso concreto – Sentença reformada para julgar improcedente a ação – Precedentes desta C. Câmara e deste E. Tribunal Recurso provido*'. (TJSP, Apelação nº 1002709-18.2015.8.26.0405, DES. REL. J.B. FRANCO DE GODOI, j. em: 21.06.2017).*

Ainda: 'PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. Ação de indenização por danos materiais e danos morais. Golpe da 'troca de cartões' ocorrido no interior de supermercado. Saque indevido em conta corrente da autora. Sentença de improcedência dos pedidos. Apelo da

Acesso ao Sumário

demandante. Preliminar de cerceamento do direito de produzir prova. Afastamento. Decisão recorrida que tratou a matéria suficientemente, de forma a elucidar as questões debatidas pelas partes, o que se coaduna com o princípio do livre convencimento do Magistrado, motivado à luz das provas existentes nos autos, assim como à legislação vigente e aplicável ao caso concreto. Mérito. Em que pese a natureza consumerista da relação jurídica havida entre as partes, é necessária a existência de falha na prestação de serviço e nexo de causalidade entre esta última e o resultado lesivo suportado pelo consumidor. Requisitos que não se fazem presentes no caso em exame. Autora que foi vítima de estelionato, no interior de supermercado onde são mantidos caixas eletrônicos, sem que tivesse havido falha alguma por parte da instituição financeira na prestação do serviço que lhe cabe. Inexistência, por conseguinte, de dever do banco réu de reembolsar a demandante pelos danos materiais sofridos e pelos danos morais alegados. Sentença integralmente mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.' (TJSP, Apelação nº 1022921-33.2014.8.26.0005, Des (a). Rel (a). CARMEN LÚCIA DA SILVA, j. em: 24.10.2017).

No mesmo sentido: 'Ação de restituição de quantia c.c. indenização por danos morais golpe da 'troca de cartões' ocorrido no interior de supermercado – saques na conta corrente da autora, realizados por terceiro desconhecido, de quem a postulante aceitou ajuda quando da utilização do caixa eletrônico autora que foi vítima de estelionato, no interior de supermercado onde são mantidos caixas eletrônicos, sem que tivesse havido falha por parte do banco na prestação do serviço que lhe cabe ausente dever de reembolsar a demandante pelos danos materiais sofridos e pelos danos morais alegados – demanda improcedente – recurso improvido.' (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP – Apelação Cível: AC 1009106-05.2018.8.26.0562 SP).

No mais a mais, não se afigura possível realizar operações com a simples posse do cartão, sendo necessárias as senhas para validação, a sugerir que o requerente permitiu que o terceiro visualizasse tal informação, o que corrobora a ausência de responsabilidade do réu.

A propósito, de acordo com iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 'a responsabilidade da instituição financeira deve ser afastada quando o evento danoso decorre de transações que, embora contestadas, são realizadas com a apresentação física do cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista.' (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.633.785 – SP).

Daí erige a improcedência da pretensão inicial.

III – Dispositivo Na confluência do exposto, JULGO IMPROCE-

Acesso ao Sumário

DENTE o pedido inicial, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Atento à sucumbência, deverá a parte autora suportar os ônus das custas e despesas processuais. Ainda, considerando a ausência de condenação e a inexistência de proveito econômico auferido, deverá o autor arcar com honorários advocatícios no patamar de 10% sobre o valor atualizado dado à causa (CPC, art. 85, § 2º)."

Contra esta decisão se insurge o autor, ora apelante.

Respeitado o entendimento do D. Juízo *a quo*, a pretensão merece acolhida.

É inequívoca a relação jurídica estabelecida entre as partes, sendo o autor titular de conta corrente mantida na instituição financeira ré.

Segundo consta dos autos, o autor sustenta ter sido vítima de golpe praticado por terceiro em terminal de autoatendimento, consistente na troca de seu cartão de acesso à conta corrente pelo cartão de outro terceiro. O requerente defende que, em razão do referido golpe, sofreu prejuízo no valor de R$ 5.919,99, consistente em um saque no valor de R$ 420,00 e outras duas compras, nos valores de R$ 2.500,00 e R$ 2.999,99.

Verifica-se, ademais, que o requerente instruiu a petição inicial com cópia do Boletim de Ocorrência registrado perante a Autoridade Policial, noticiando o crime menos de 2 (duas) horas após sua ocorrência (fls. 35/36).

Outrossim, o requerente afirmou na petição inicial que tomou ciência do golpe ao ser contatado pelo gerente de sua conta, que teria observado a realização de transações atípicas.

A relação jurídica estabelecida entre as partes é de natureza consumerista, de modo que o réu responde *"independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços"* (artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor).

Por outro lado, o § 3° do referido artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o fornecedor não será responsabilizado se demonstrar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse cenário, em tese, as instituições financeiras não se responsabilizem por débitos resultantes da entrega, por clientes, de cartão e dados pessoais a terceiros, em razão da fraude comumente denominada *"golpe da troca de cartão"*.

Na hipótese, contudo, os elementos dos autos permitem concluir ter havido falha na prestação do serviço bancário prestado pelo réu.

De fato, muito embora a atuação involuntária do autor tenha contribuído para a ocorrência do golpe, a instituição financeira não impugnou especificamente a afirmação do autor de que ele tomou ciência da fraude em razão de con-

Acesso ao Sumário

tato realizado pelo seu gerente de relacionamento com a instituição financeira, o que culminou com o posterior bloqueio da conta.

Nesse passo, convém destacar que a alegação do autor é verossímil à luz da documentação juntada aos autos pelo próprio banco réu.

Com efeito, o requerido instruiu a contestação com *"Relatório de Transações"* vinculado da conta do autor. E o referido documento revela que a última operação reconhecida pelo requerente – saque de R$ 350,00 – foi realizada no dia 04/12/2019, às 12:53h, ao passo que as transações impugnadas pelo autor ocorreram às 13:02h, 13:03h e 13:19h, respectivamente (fls. 194/198).

Ademais, o referido relatório indica que às 13:40h houve movimentação denominada *"CADASTR./DESCATR. OCORRENCIA EM CONTA"*, seguida do *"BLOQUEIO DE CARTAO MAGNETICO"* (fl. 198).

Ora, se a instituição financeira identificou a existência de movimentações atípicas na conta bancária do autor a ponto de contatá-lo para tratar do assunto, era seu dever agir com cautela e impedir a concretização das operações até que sua regularidade fosse confirmada, após contato com o titular da conta.

Outrossim, o extrato da conta bancária do autor ao longo do ano de 2019, juntado aos autos pelo próprio réu, revela que as operações realizadas pelo terceiro fraudador não encontram respaldo no perfil de movimentações financeiras do requerente (fls. 151/170). Não por outra razão, aliás, a própria instituição financeira admite ter bloqueado a conta por razões de segurança.

Portanto, muito embora a atuação involuntária do autor tenha contribuído para a ocorrência do golpe, não se pode afastar a responsabilidade do banco, que é objetiva, à luz do artigo 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Convém destacar, ainda, o teor da súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça:

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

Assim, deve o réu restituir ao autor o valor de R$ 5.919,99, além de eventuais encargos decorrentes do uso do crédito rotativo da conta corrente (cheque especial).

Por se tratar de relação contratual, sobre tal valor devem incidir juros de mora devem incidir a partir da citação, nos termos do artigo 405 do Código Civil, de acordo com a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), sem cumulação com correção monetária.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PRECE-*

Acesso ao Sumário

DENTES. NÃO PROVIMENTO.

*1. **'A Corte Especial no julgamento de recurso especial repetitivo entendeu que por força do art. 406 do CC/02, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, a qual deve ser utilizada sem a cumulação com correção monetária por já contemplar essa rubrica em sua formação'** (AgInt no REsp 1794823/RN, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 28/5/2020).*

2. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no REsp 1723791/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2021, DJe 11/02/2021, grifo nosso)

Por fim, o recurso merece provimento quanto ao pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral.

A esse respeito, confira-se entendimento da mais abalizada doutrina:

"Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos." (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 80)

Na hipótese, ainda que o autor possa ter contribuído para a ocorrência do golpe, é inequívoca a gravidade da falha na conduta da instituição financeira, que, a despeito de ter notado a ocorrência de manifestações atípicas na conta do autor em curtíssimo lapso temporal, não obstou a sua realização, o que culminou com a utilização quase integral do limite de crédito rotativo disponibilizado na conta do autor.

Tal circunstância, à toda evidência, causou ao requerente exacerbada apreensão, sendo certo que somente logrou obter a restituição do montante indevidamente retirado de sua conta após socorrer-se do Poder Judiciário.

A estipulação do valor da indenização deve ser ponderada, de modo a ser suficiente para amenizar o abalo sofrido e inibir a repetição da conduta danosa, sem, de outra parte, importar enriquecimento sem causa do lesado.

Na hipótese, considerando as circunstâncias do caso, como o valor das

Acesso ao Sumário

transações impugnadas, a conduta da instituição financeira e ponderando que o requerente contribuiu para a ocorrência do golpe, bem como tendo em vista os padrões de quantificação de ressarcimento reiteradamente adotados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e por esta Câmara, tem-se que o valor de R$ 3.000,00 é adequado aos fins colimados.

Sobre este montante deverão incidir juros de mora a partir da citação, nos termos do artigo 405 do Código Civil, de acordo com a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), sem cumulação com correção monetária.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 5.919,99, além de eventuais encargos decorrentes do uso do crédito rotativo da conta corrente (cheque especial, bem como ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R$ 3.000,00. Tais quantias deverão ser acrescidas de juros de mora a partir da citação, nos termos do artigo 405 do Código Civil, de acordo com a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), sem cumulação com correção monetária.

Em razão da sucumbência, deverá o réu arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em favor do patrono do autor, fixados em 15% do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005536-82.2022.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S.A., é apelada CARMELIA DALECIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.677)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENDES PEREIRA (Presidente sem voto), JAIRO BRAZIL e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

RAMON MATEO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Ação Declaratória – Compras realizadas com cartão, não reconhecidas pela parte Autora – Sentença de procedência, a fim de declarar

a inexigibilidade do débito com condenação da instituição financeira ao pagamento de R$ 5.000,00 à título de danos morais – Alega o Banco que, no caso de transações realizadas com leitura de chip e digitação de senha, não cabe à contestação pelo motivo de fraude, pois haveria necessidade do terceiro estar em posse do cartão original – Desnecessidade – Devido ao avanço tecnológico, a fraude pode ser perpetrada com a utilização de maquininha fraudada, vulgarmente, denominada "chupa-cabra", capaz de absorver senha do cartão da vítima – Relação de consumo – Fraude perpetrada por terceiros – Responsabilidade objetiva da instituição financeira, nos termos do artigo 14 do CDC – Aplicação da Súmula 479 do STJ, por ser risco da atividade bancária – Condenação em danos morais que deve ser mantida, inclusive no tocante ao montante que não se mostra irrisório a ponto de não representar uma penalidade ao ofensor, nem vultoso a ponto de representar fonte de enriquecimento sem causa – Sentença Mantida – Apelo Desprovido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória que **CARMELIA DALECIO** ajuizou contra **BANCO DO BRASIL S/A**, julgada procedente pela r. sentença de fls. 104/110 (relatório adotado), para:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação, declaratória de inexigibilidade de débito com pedidos de indenização por danos morais e tutela de urgência ajuizada por CARMELIA DALECIO contra BANCO DO BRASIL S/A para reconhecer a irregularidade nas operações de compra realizadas com o cartão da requerente, sendo a primeira no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) e a segunda no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), no mesmo estabelecimento comercial, "Angela Pinheiro, determinando ao Banco o estorno dos valores, condenando o requerido no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, corrigido pela Tabela Pratica do Tribunal de Justiça e juros de mora de 1% ao mês a partir desta data; O vencido arcará com o pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados estes em 20% (dez por cento) do valor da condenação. P.R.I."

Apela a instituição financeira, enfatizando que, no caso de transações realizadas com leitura de chip e digitação de senha, não cabe à contestação pelo

Acesso ao Sumário

motivo de fraude, pois haveria necessidade do terceiro estar em posse do cartão original. Ressalta que, não pode ser responsabilizado pela ação de terceiros que, a cada dia, inventam um novo artifício para a prática de delitos, sempre à frente dos meios encontrados para combater tais práticas. Que também não há provas do suposto dano, o que afasta, definitivamente, a culpa do Recorrente. Requer o afastamento da condenação por danos morais ou, subsidiariamente a redução do montante. Que o Banco apelante não deu causa à propositura da presente demanda e, não pode ser tampouco compelido a pagar as despesas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais. Prequestiona a matéria e requer o provimento do apelo.

Contrarrazões pelo apelado (fls.134/145) rebatendo articuladamente as razões do inconformismo

É o relatório.

Não assiste razão ao apelante.

Dos fatos.

Alega a parte Autora, em síntese, que é correntista junto ao requerido na agência 1874-0, conta corrente n. 25313-3. Contou que criminosos utilizaram sua conta, efetuando duas compras, a primeira no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) e a segunda no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), no mesmo estabelecimento comercial, "Angela Pinheiro". Registrou Boletim de Ocorrência. Contestou as operações junto ao requerido e o pedido foi negado. Por entender que o banco é responsável pela reparação dos danos porque liberou indevidamente as operações, ajuizou a presente ação com pedido de tutela para imediato estorno dos valores. Ao final, a citação e procedência da ação para que seja declarada inexistência de todos os débitos que estão vinculados aos dados da Requerente, pertinentes ao ato praticados por criminosos, condenando o requerido no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

Pois bem.

Não merece prosperar o inconformismo da instituição ré, que objetiva ver afastada sua responsabilidade pelos fatos narrados nos autos, e suas consequências jurídicas.

Mister sublinhar que é aplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor, e os institutos a ele inerentes, notadamente o da inversão do ônus da prova, máxime porque verossímeis as alegações deduzidas pela autora.

Acrescente-se não haver como impingir ao autor prova de fato negativo; vale dizer, que não contratou os serviços prestados pela instituição ré, ou mesmo, que os serviços contratados foram fruto de fraude. Era ônus da instituição financeira demonstrar, de forma robusta e concludente, haver sido o autor o contratante, ônus do qual não se desincumbiu.

Nada há nos autos, salvo tela do sistema operacional da ré, apontando a

Acesso ao Sumário

existência de débitos em aberto. (fls. 85/88).

Com a mais acatada vênia, essa prova revela-se imprestável para o fim a que se destina. Pois, produzida de forma unilateral. Registre-se, ainda, que a reprodução de tela de computador é facilmente editável. Nesse sentido:

> ***Prestação de serviços. Telefonia. Declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais. Ação julgada procedente. Débito negado pela autora. Ré que não se desincumbe de demonstrar a contratação, a prestação dos serviços e a regularidade da cobrança efetivada. Tela de computador do sistema interno da ré, produzida de forma unilateral, que não tem o condão de comprovar a contratação do serviço. Obrigação de exibir a documentação que alega ter sido exigida e respectiva assinatura. Ausência de excludente de responsabilidade. Reconhecimento da inexigibilidade do débito. Danos morais caracterizados. Inserção do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito. Desnecessidade de comprovação de prejuízo efetivo. Negativação que, por si só, justifica indenização. Ofensa ao bom nome e credibilidade da autora. Fixação reduzida para R$ 5.000,00. Razoabilidade e proporcionalidade e critérios orientadores. Recurso provido em parte. Tendo sido negado o débito pela autora e a contratação de serviço a ele relativo, competia à ré demonstrar a efetiva contratação, ônus do qual não se desincumbiu, não bastando para tanto a mera juntada de tela de computador do sistema interno, produzida de forma unilateral, sendo imprestável para a prova da contratação válida entre as partes, tampouco serve como excludente a mera afirmação de que a habilitação ocorre mediante fornecimento de documentos, sem demonstração. O caso é de reconhecer a inexigibilidade do débito bem como o dever de reparar os danos causados. A inclusão do nome da autora no rol de maus pagadores em órgão de proteção ao crédito importa em ofensa a direito de personalidade, tanto que causa constrangimento perante terceiros, abalam o bom nome, a imagem e a credibilidade da pessoa. A quantificação dos danos morais observa o princípio da lógica do razoável. Deve a indenização ser proporcional ao dano e compatível com transtornos experimentados pela vítima, a capacidade econômica da causadora dos danos e as condições sociais do ofendido, razão pela qual a redução para R$ 5.000,00 se revela condizente com tais parâmetros. (Apelo 1061343-49.2015.8.26.0100; 32ª Câmara de Direito Privado; Rel. Kioitsi Chicuta; j. 31.03.2016). (grifos nossos).***

Dessume-se, nesse panorama, que as provas produzidas pela instituição ré não servem para afastar sua responsabilidade pelos eventos danosos experimentados pela parte autora. Nessa cadência, como bem anotou o magistrado sentenciante:

Acesso ao Sumário

Conforme se infere dos autos, restou incontroverso que o nome da parte autora foi levado a cadastro de proteção ao crédito em razão de suposta dívida perante a ré. Por outro lado, impugnada na peça vestibular a existência de relação contratual entre as partes e do mencionado débito, não cumpriu a demandada o ônus de comprovar que efetivamente a parte autora compareceu a seu estabelecimento e solicitou realização de contrato (ou que, pelo menos, pediu-o oralmente, o que pode ser comprovado por gravação).

Razoável concluir, portanto, pela não comprovação da existência da dívida da parte autora. Razoável, por fim, concluir que mencionada inscrição em rol de inadimplentes não se deu em conformidade ao Direito, gerando no autor, evidentes constrangimentos, tendo sua imagem molestada por débito que não contraiu, reduzindo seu conceito perante as demais pessoas do meio social. Sendo assim, além de se declarar a inexistência de débito do autor, forçoso concluir que deve a ré, nos termos do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República, do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 186 do Código Civil, indenizar integralmente a vítima do evento.

Alega o Banco que, no caso de transações realizadas com leitura de chip e digitação de senha, não cabe à contestação pelo motivo de fraude, pois haveria necessidade do terceiro estar em posse do cartão original.

Não lhe assiste razão a afirmação, porquanto diante da ausência de prova que a parte autora tenha realizado a compra em seu cartão de crédito, restou claro que foi vítima de fraude, porque a tecnologia, tanto para o bem, quanto para o mal, está extremamente avançada, eis que basta uma simples compra com cartão da "vítima" para que sua "senha" seja absorvida pela maquininha fraudada, vulgarmente denominada "Chupa-cabra".

Sendo essa a situação apresentada nestes autos, repise-se, típica de *fortuito interno* do negócio, que colima na responsabilidade objetiva da instituição apelada, sendo de rigor que repare os danos causados ao autor, pois a responsabilidade é objetiva, estampada no art. 927, § único do Código Civil e no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, inerente à atividade explorada, consoante orientação firmada na Súmula nº 479 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a <u>fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias</u> (nosso grifo).

Dentre os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor encontra-se o da vulnerabilidade (art. 4º, I), o qual emergiu em decorrência da *"mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, ocasionando uma discrepância na discussão a aplicação das regras*

Acesso ao Sumário

comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma condição jurídica pelo tratamento legal de proteção" (in Flávio Tartuce e Daniel Amorim A. Neves, Manual de Direito do Consumidor, Ed. Método, 4ª edição, 2015, p. 33).

E, neste diapasão, tem-se que o serviço prestado pela instituição ré foi defeituoso não fornecendo a segurança que o consumidor dela esperaria, sendo certo, que a instituição financeira tem uma missão social para cumprir, devendo atuar no mercado sempre com boa-fé, que se traduz em "uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, *agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes*" *(Cláudia Lima Marques, Contratos: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.216 – nosso grifo).*

Além do mais, o aborrecimento causado não pode ser considerado normal na vida em sociedade, porquanto isso concederia ao banco um salvo conduto para que possam errar à vontade, porém, uma contratação fraudulenta, não se trata de mero aborrecimento.

Sobre o assunto, peço vênia para transcrever trecho do acórdão de relatoria do eminente Desembargador Fábio Henrique Podestá, ao aplicar a tese do Desvio Produtivo do Consumidor:

> ***Outrossim, insta salientar a tese do Desvio Produtivo do Consumidor, elaborada pelo advogado Marcos Dessaune, que defende, com razão, que o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução dos problemas gerados pelos maus fornecedores, constitui dano indenizável, ou seja, a "missão subjacente dos fornecedores é – ou deveria ser – dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência. Especialmente no Brasil é notório que incontáveis profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão-consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei. Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências – de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar. Tais situações corriqueiras, curiosamente, ainda não haviam merecido a devida atenção do Direito brasileiro. Trata-se de fatos nocivos que não se enquadram nos conceitos tradicionais de***

Acesso ao Sumário

"dano material", de "perda de uma chance" e de "dano moral" indenizáveis. Tampouco podem eles (os fatos nocivos) ser juridicamente banalizados como "meros dissabores ou percalços" na vida do consumidor, como vêm entendendo muitos juristas e tribunais (Apelação nº 0007852-15.2010.8.26.0038) (g.n.).

Convém também destacar a tese do direito ao sossego de autoria do Des. Francisco Loureiro:

"... Nunca é demais lembrar ter o homem concepção unitária de tal modo que, ao tutelar sua integridade (primeiro dos direitos de personalidade), o que se busca é não só o aspecto físico, mas também o psíquico, que lhe é indissociável, incluídas as funções intermédias do corpo. Por isso, pode-se afirmar ser o sossego um dos direitos de personalidade, na medida em que diz respeito ao desenvolvimento da saúde físico-psíquica do homem" (Loureiro – Francisco Eduardo; Direito ao Sossego. In Cadernos de Direito Civil Constitucional – Caderno n. 2 – 2001 – Juruá Editora Curitiba).

Nessa senda, tendo em vista que a instituição apelante não prestou um serviço seguro, adequado e de qualidade, advém o dever de indenizá-lo pelos danos sofridos, pois é patente que a negativação, através de contratação fraudulenta fere a dignidade da pessoa humana e gera o dano in re ipsa, o que não retira do autor o direito de ser ressarcido pelos danos morais, em vista da perda de seu tempo e de seu sossego.

No tocante a quantificação do dano moral, segundo orientação pretoriana (inclusive do Superior Tribunal de Justiça) funda-se na teoria do desestímulo, preconizando como balizas para seu arbitramento a verificação de dois fatores importantes, vale dizer: que o valor a ser arbitrado represente, para a vítima, algum sentimento de satisfação para a compensação de sua dor; e, ao mesmo tempo, constitua fator de desencorajamento ou desestímulo para o infrator, a fim de evitar a reiteração de atos análogos.

Assim, entendo que o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado em sentença, se mostra adequado para desestimular a reiteração da conduta danosa da instituição ré, devido a sua capacidade econômica, além de o valor ser razoável para compensação do autor que teve a perda da sua tranquilidade, ultrapassando a barreira do mero dissabor. Note-se que nos termos da súmula 326 do Colendo Superior Tribunal de Justiça a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca.

Assim, de todos os ângulos em que se analisa a questão, a manutenção da r. sentença recorrida é medida que se impõe por seus próprios e bem delineados fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

Deixo de majorar a verba honorária porquanto fixada em patamar máximo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025451-69.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA, é apelado TELEVISÃO CIDADE MODELO LTDA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Camila Pereira Pinto (OAB/SP 356.641) e Marco Antonio Cecílio Filho (OAB/RJ 81.858).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.882)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

GILBERTO CRUZ, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade civil. Direitos autorais – Sentença de parcial procedência para restabelecer o canal da autora no *Youtube*, com exceção dos vídeos comprovadamente denunciados – Exercício regular de direito. Caracterizada violação a direitos autorais de terceiros por parte da autora – Cancelamento de canal associado à conta que recebeu três avisos de direitos autorais. Previsão expressa nas diretrizes da plataforma *Youtube* e objetiva garantir a efetividade das políticas e dos termos de serviço da referida rede. Precedentes desta Corte de Justiça – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 286/288, integrada à fl. 294, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte a ação cível para determinar ao réu que restabeleça o canal da autora, (endereço eletrônico constante no texto original), com todas as ferramentas e serviços atrelados à conta *noticiasrittv@gmail.com*, com exceção dos vídeos comprovadamente

Acesso ao Sumário

denunciados, e condenou cada parte a arcar com 50% das custas e despesas processuais, e com honorários de sucumbência em favor da parte contrária, fixados em 20% sobre o valor da causa, conforme artigo 85, § 2º, do CPC, além da autora em multa por litigância de má-fé de 9% sobre o valor corrigido da causa.

Inconformado, o réu apelou alegando que a exclusão do canal da autora de sua plataforma ocorreu em razão de três denúncias de violação a direitos autorais, que foram reivindicadas pelas empresas detentoras. Ressaltou que a utilização da plataforma de compartilhamento de vídeos passa pela aceitação obrigatória de disposições contratuais, as quais violadas podem acarretar a remoção do material infringente e o cancelamento do acesso do usuário ao serviço em casos de reiterações (fls. 296/321).

A insurgência foi regularmente processada e contrariada (fls. 328/346). Preparo recolhido (fls. 322/323).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 363 e 368).

É o breve relato.

A irresignação comporta acolhida.

Com efeito, a irresignação está fundada na desativação do canal mantido pela apelada na rede social administrada pela apelante (*Youtube*), que teria se dado sem notificação prévia, sob a justificativa de infração de direitos autorais de terceiros.

Entretanto, a apelante comprovou que recebeu denúncias de que a apelada violou direitos autorais em alguns vídeos que publicou (cf. fls. 116/181). Ademais, comprovou (fls. 182/187) que em 13.11.2020 já havia notificado a apelada, a qual respondeu confessando a utilização indevida: *"Não estamos monetizando o vídeo e gerando recursos de receitas com ele. Por favor, pedimos desculpas pela utilização equivocada, sem citar a fonte"* (fl. 183).

Como bem destacou o i. Magistrado *a quo: "a autora omitiu que havia sido procurada pela ré, cerca de três meses antes, para que esclarecesse acerca das alegadas violações. Ao alterar a verdade dos fatos, a autora incidiu no disposto no art. 80, II do Código de Processo Civil"* (fl. 287).

A exclusão do canal que recebe denúncias de violação de direitos autorais está prevista nos termos de uso do *Youtube*, e segue o disposto no artigo 20 da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), pois a apelada foi comunicada quanto aos motivos e informações que levaram à indisponibilização do conteúdo e lhe foi facultado, mesmo na via administrativa, exercer o contraditório e a ampla defesa, o que foi também omitido pela apelada.

Nesse contexto, não se vislumbra qualquer ilicitude na conduta do apelante de desativação da conta da apelada – por violação da política de uso no tocante à proteção de direitos autorais de terceiros – medida que, conquanto extrema, guardou a devida observância ao direito de defesa e à gradação punitiva,

Acesso ao Sumário

não padecendo de desproporcionalidade, consoante jurisprudência desta Corte de Justiça. [1]

Ressalte-se que a adesão às políticas de uso da plataforma vincula contratualmente o usuário, que fica obrigado à observância das regras estabelecidas, submetendo-se às respectivas sanções em caso de descumprimento.

Noutro vértice, ao gestor da plataforma é dado fazer cumprir o regramento contratual, o que no caso concreto ocorreu nos termos pactuados, em forma e conteúdo.

Assim, o apelante demonstrou que o cancelamento de canal associado à conta que recebeu três avisos de violações de direitos autorais é previsto nas Diretrizes da Plataforma *Youtube* e objetiva garantir a efetividade das Políticas, Diretrizes e dos Termos de Serviço da aludida rede social.

Portanto, o conjunto probatório amealhado aos autos autoriza conclusão de que o apelante agiu no exercício regular de um direito, não havendo qualquer abusividade ou falha na prestação dos serviços a ser reconhecida, seja sob a ótica civil ou consumerista.

Ex positis, **dá-se provimento** ao apelo para afastar a obrigação da ré de restabelecer o canal da autora.

Como consectário, invertida a sucumbência, fica a apelada obrigada a arcar com as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios fixados em primeira instância no patamar máximo de 20% do valor da causa, nos termos precisos do § 2° do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Por fim, prequestionadas as normas jurídicas reportadas no curso do presente feito, ficam as partes advertidas de que a interposição de recurso contra esta decisão, se declarado manifestamente inadmissível, protelatório ou improcedente, poderá acarretar sua condenação às penalidades fixadas no artigo 1.026, § 2º, do CPC/15. Acrescente-se que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo; desnecessário, portanto, o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

1 e.g. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – DESATIVAÇÃO DOS CANAIS MANTIDOS PELO AUTOR NA REDE SOCIAL ADMINISTRADA PELA RÉ (YOUTUBE) – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – VIOLAÇÃO A DIREITOS AUTORAIS DE TERCEIROS POR PARTE DO APELANTE CARACTERIZADA – CANCELAMENTO DE CANAIS ASSOCIADOS À CONTA QUE RECEBEU TRÊS AVISOS DE DIREITOS AUTORAIS É PREVISTO NAS DIRETRIZES DA PLATAFORMA YOUTUBE E VISA GARANTIR A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS, DIRETRIZES E DOS TERMOS DE SERVIÇO DA REFERIDA REDE SOCIAL – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DA APELADA A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO OU DANO MORAL INDENIZÁVEL – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Cível 1092140-95.2021.8.26.0100, Rel. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 26/04/2022. Com idêntico pensar: Apelação Cível 0000683-34.2015.8.26.0318 Rel. César Peixoto, 9ª Câmara de Direito Privado, j. em 17/12/2019).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001311-34.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIZ CARLOS ALVES MALLET (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD 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 35.247)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação revisional de contrato bancário. Cédula de crédito bancário. Financiamento de veículo. Tarifa de registro de contrato. Cobrança justificada. Anotação de gravame no documento do veículo. Tarifa de avaliação do bem. Ausente prova da efetiva prestação do serviço. Sem apresentação, pelo réu, do laudo de avaliação do bem que descreva o veículo em suas características e condições. Devida a repetição de indébito, de forma simples, acrescido dos juros reflexos e diferença de IOF. Parcial reparo da r. sentença. Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 82/87, que julgou improcedentes os pedidos e, em razão da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, em consonância com os critérios do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ressaltando-se que a parte é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Recorre o autor, às fls. 90/103.

Sustenta, em breve síntese, que para cobrança dos valores impugnados é imprescindível que o réu apresente documentos idôneos que demonstrem a

realização de serviços, bem como das despesas lançadas no contrato; a tarifa de avaliação não possui laudo que possa justificar sua cobrança; a tarifa de registro não está elencada na Resolução Bacen como tarifa permitida, além do que, as despesas de pré-gravame são válidas apenas nos contratos celebrados até 25/02/2011. De acordo com o decidido no julgamento do REsp 1.578.553/SP, as tarifas por serviços não efetivamente prestados ou correspondentes ao custo operacional da financeira são consideradas abusivas e, portanto, devem ser excluídas do custo efetivo total. Além da devolução dos valores que reputa ilegalmente cobrados, requer o recálculo das prestações a partir do novo custo efetivo corrigido. Nesses termos, pretende a reforma da r. decisão combatida.

Em juízo de admissibilidade, verifica-se que o recurso é tempestivo e foi regularmente processado, dispensado o recolhimento de preparo.

Manifestação da parte adversa em contrarrazões às fls. 107/128.

É o relatório.

Cuida-se de ação revisional na qual o autor reclama da abusividade de cláusulas contratuais da cédula de crédito bancário pactuada com o réu em 25/02/2019, para financiamento de veículo, a ser quitada em 48 parcelas de R$ 1.019,08 (fls. 32/33).

Impugna a cobrança de tarifas de avaliação do bem e registro de contrato, pretendendo a declaração de sua abusividade e a devolução dos valores correspondentes, além do recálculo do Custo Efetivo Total.

A Mmª. Juíza *a quo* entendeu pela improcedência do feito.

Pois bem.

Antes de tudo, as argumentações relativas à tarifa de cadastro ou à venda casada de seguro sequer serão levadas em consideração, vez que não foram pactuadas, menos ainda cobradas, no contrato *sub oculi*.

O reclamo comporta parcial acolhimento.

É certa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, nos termos da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"*.

Os contratos de adesão, amplamente utilizados nas múltiplas relações do cotidiano, não são por si só, ilegais ou abusivos, até porque expressamente previstos no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Vê-se, portanto, que o autor aderiu de forma livre e consciente ao contrato firmado, não tendo alegado e provado a ocorrência de vício de consentimento de modo a invalidar toda a avença.

De outra ordem, também se sabe que a jurisprudência reiterada do e. STJ admite a mitigação do princípio do pacta sunt servanda em relação a cláusulas abusivas. Confira-se:

Acesso ao Sumário

"[...] 1. Nas relações jurídicas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, há a mitigação do princípio do pacta sunt servanda, podendo haver a declaração de nulidade de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem (aplicação do art. 51 do CDC), como se apresenta. Aplicação da Súmula 83/STJ. [...]" (Ag Int no AREsp 1347862/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2019, DJe 14/02/2019).

"[...] 6. O princípio do pacta sunt servanda não constitui óbice à revisão contratual, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social que os embala e do dirigismo que os norteia. [...]" (AgRg no REsp 1363814/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016).

"[...] 2. É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. [...]" (AgRg no AREsp 649.895/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 25/05/2015).

A presente demanda se refere à averiguação da regularidade da cobrança de tarifas de avaliação de bem e registro de contrato e sua inserção no montante financiado.

A esse respeito a solução deve ser dada à luz do decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos repetitivos.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.578.553, de relatoria do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 28/11/2018, consolidou-se:

"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. [...]".

Acesso ao Sumário

De fato, o contrato prevê o financiamento, em seu item "B.9", sob a rubrica "Registro contrato-órgão de trânsito", do valor de R$ 64,62, e no item "D.2", a título de "Tarifa de avalição do veículo usado financiado "garantia da

operação", do valor de R$ 550,00.

In casu, a cobrança pelo registro do contrato não se mostra abusiva, pois foi apresentada prova da realização da inclusão de gravame junto ao órgão de trânsito, vez que do documento de fl. 5434 – Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – consta anotação em favor do BANCO ITAUCARD S/A.

De outra ordem, em relação à avaliação do bem, não foi justificada a cobrança, ausente prova da efetiva prestação do serviço, já que o réu não trouxe aos autos o correspondente Laudo de Avaliação do bem ou documento equivalente, que servisse a descrever o veículo em suas características e condições, não se prestando a suprir tal falta o "Termo" de fl. 58, mera consulta relativa a multas e restrições.

Assim é que a instituição financeira, nesse ponto, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, por força do artigo 373, II, do Código de Processo Civil e, portanto, a devolução do valor cobrado a tal título, indevidamente, é cabível.

Desta forma, devida a restituição ao autor da quantia correspondente à cobrança sob o título tarifa de avaliação de bem, que deve ser feita na forma simples.

Ainda, é cabível a devolução dos valores reflexos, consistente na cobrança de juros remuneratórios e IOF sobre o valor em questão, pela sua indevida inserção no montante financiado.

Nesse sentido, o posicionamento deste Tribunal, inclusive desta Colenda Câmara:

"AÇÃO REVISIONAL – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA – COBRANÇA – VEDAÇÃO – RÉ – EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – NÃO COMPROVAÇÃO – APLICAÇÃO DO RESP REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1.639.320/SP – VALOR – RESTITUIÇÃO, INCLUSIVE DOS REFLEXOS DOS ENCARGOS NOS JUROS REMUNERATÓRIOS DAS PARCELAS – PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL – ART. 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – VALORES – DEVOLUÇÃO SIMPLES – RÉ – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO." (Apelação nº 1000154-38.2017.8.26.0185, Rel. Des. TAVARES DE ALMEIDA, julg. 17/12/2019)

"AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – Contrato de empréstimo – Parcial Procedência – Declarada a nulidade do contrato de seguro atrelada ao contrato, e determinada a devolução da tarifa contestada que não foi regularmente contratada pelo autor – Hipótese em que a importância a ser devolvida deverá ser calculada com o reflexo dos juros cobrados – Dever de reembolsar os descontos indevidamente realizados de forma simples – Recurso parcialmente provido". (Apelação nº 1004165-31.2018.8.26.0297, Rel. Des. HERALDO DE OLIVEIRA, julg. 26/06/2019)

Acesso ao Sumário

Ou seja, a restituição deve incluir também os juros reflexos incidentes sobre o valor nominal cobrado, pois com o reconhecimento da cobrança indevida pela tarifa de avaliação, o valor total financiado (ou seja, da base de cálculo) sofre alteração, ainda que mínima, o que enseja o recálculo do IOF incidente na operação, devendo o réu restituir o valor cobrado a maior.

Ante o exposto, o meu voto dá provimento em parte ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação, reconhecendo como indevida a cobrança da tarifa de avaliação de bem e condenar o réu a devolver ao autor o valor correspondente (R$ 550,00), de forma simples, com correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, além dos juros reflexos e recálculo do IOF.

Diante da sucumbência recíproca operada, as partes arcarão com as custas e despesas processuais em igual proporção, além dos honorários advocatícios do patrono adverso, que fixo em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para cada, por critério de equidade, sem descuidar que o autor/apelante está atendido pela benesse da gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001942-37.2022.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante ASSOCIAÇÃO CIVIL PARQUE ITAPETINGA – ACPI, é apelada REBECA CORREA BALIAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 35.042)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CÉSAR PEIXOTO (Presidente sem voto), WILSON LISBOA RIBEIRO e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LOTEAMENTO – Ação declaratória de inexigibilidade de débito ajuizada pela adquirente de terreno em face da Associação – Sentença de parcial procedência – Inconformismo da Associação requerendo o reconhecimento de validade da cobrança da

taxa de admissão de novos associados – Autora tinha ciência de que a região era administrada por associação e requereu acesso aos regimentos internos antes de adquirir a propriedade – Interesse em se associar sem pagar taxa de admissão – Taxa prevista no Estatuto Social e valor autorizado em assembleias aprovadas desde 2012 – Liberdade de associação garantida, assim como a garantia de não interferência estatal na associação – Valor devido pelos novos associados – Sucumbência invertida – Apelo provido.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 148/156, acrescento que a sentença julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito ajuizada pela adquirente de terreno em face da Associação, para: declarar inexistentes quaisquer taxas de melhoria cobradas da autora; condenar a requerida a autorizar e aprovar imediatamente a edificação residencial no terreno da autora, desde que atendidas as normas municipais, sem qualquer vinculação ao pagamento de taxas ou compromisso de associação; seja dada a oportunidade à autora, independentemente do pagamento de taxas ou contribuições pretéritas, de livremente associar-se à associação de moradores, reservado o eventual direito da associação de prestar serviços, inclusive o de fornecimento de água, exclusivamente a associados.

Concedeu a antecipação da tutela a fim de que não seja obstada a edificação, evitando-se que caduque o alvará de licença de construção fornecido pela Prefeitura à autora – que deverá, então, ponderar a forma pela qual o imóvel será provido de fornecimento de água potável.

Em consequência, condenou a requerida a suportar as custas, despesas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa.

Inconformada, recorre a Associação requerida (fls. 172/183) aduzindo que o valor de R$ 45.434,00 refere-se à taxa de admissão na Associação, conforme determinado no art. 6º do Estatuto Social. Informa que a Apelada efetuou o pagamento da cota de água no valor de R$ 13.630,00, previsto no Art. 6º do Estatuto Social, tornou-se associada e passou a contribuir mensalmente a partir de 01/06/2022. Alega que a constituição da Associação ocorreu em 1985, não sendo esta a loteadora do empreendimento, que a autora adquiriu terreno em 27/11/2020 e que o proprietário anterior não era associado, razão pela qual devida a cobrança de taxa de associação, conforme estatuto social e valor aprovado em Assembleia. Defende que o valores apurados para admissão como associado se equiparam a joia de um clube, ou a uma taxa de inscrição e em nada de

Acesso ao Sumário

confundem com dívidas anteriores ou débitos anteriores. Aponta que os novos moradores procuram por este tipo de imóvel devido às condições de conforto propostas pelas associações e tem conhecimento da conjuntura materializada. Por fim, defende que por se tratar de livre associação, nada foi imposto a Apelada, mas é direito da associação livremente definir o valor de admissão para novos associados, razão pela qual o recurso deve ser provido.

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 190/197.

2. Pelo que consta dos autos, a autora adquiriu, em 27/11/2020, um imóvel correspondente a um terreno denominado lote 48-B da quadra G, situado no loteamento Residencial Parque do Itapetinga, no município de Atibaia. Reconhecendo que o imóvel está localizado em região que pertence à uma associação de moradores, a Autora fez contato direto com o presidente da associação antes da compra e solicitou informações a respeito da construção, pediu acesso ao regimento interno, bem como solicitou também certidão negativa em nome do antigo proprietário.

Alega que após adquirir o imóvel e requisitar autorização para construção, passou a ser cobrada de R$13.630,00 (treze mil seiscentos e trinta reais) para instalação de água e ainda, R$45.434,00 (quarenta e cinco mil quatrocentos e trinta e quatro reais) que diz respeito às benfeitorias feitas no imóvel em momento pretérito, como asfalto, jardinagem, lixeiras. Impugnou as cobranças efetuadas porque não faz parte da associação e não entende cabível ter que pagar por rateio que os associados fizeram a seu bem prazer.

Em sua petição inicial a autora informou não se recusar a pagar o valor de ligação da água e nem de se associar à ré, mas entende incabível a cobrança da taxa de associação. Assim, requereu a concessão de antecipação de tutela para: (i) a suspensão da cobrança dos valores de manutenção em nome da Autora; (ii) a consignação em pagamento do valor incontroverso a respeito da ligação de água; (iii) seja a Autora autorizada a associar-se junto a Ré; (iv) seja a Autora autorizada a iniciar sua construção a partir da associação e, ao final, seja declarada a cobrança indevida em nome da Autora, sendo confirmada a tutela antecipada, para que cessem as cobranças a respeito da taxa de manutenção, sendo a Autora autorizada a construir no loteamento e de se associar junto à Ré.

Em sua defesa a Associação Civil Parque Itapetinga alegou ter sido criada com o objetivo de zelar e promover benfeitorias para os moradores do entorno, pois, quando constituída, a região era considerada área rural, não recebendo nenhum tipo de apoio ou infraestrutura do poder público Municipal. Assim, foram os moradores que se cotizaram para realização de diversas obras e melhorias, entre elas a elaboração de um plano de captação em minas e distribuição de água para todas as residências, asfaltamento de ruas, calçamento, iluminação e

Acesso ao Sumário

a manutenção destes serviços.

Afirma que o antigo proprietário do lote não era associado e por esta razão, para se admitir a associação da autora, seria necessário o pagamento da taxa de admissão e de ligação de água, previstos no Estatuto Social no art. 6º, item b, de acordo com os valores definidos e aprovados em Assembleia Geral, devidas apenas uma única vez por imóvel quando da primeira solicitação de associação.

Para julgar parcialmente procedente a ação, entendeu o julgador *a quo* que: *"Logo, embora conste expressamente do artigo 6º ser requisito de admissão de novo associado o preenchimento da proposta de adesão, o pagamento da taxa de ligação de água e da taxa de melhoria, de acordo com os valores definidos e aprovados em assembleia, e a quitação total de qualquer pendência financeira (fl. 22), a norma não se aplica à autora, pois sequer teve conhecimento prévio das cláusulas, e não pôde manifestar sua intenção de a elas aderir ou não, não podendo ser vinculativa à aquisição do lote. Aliás, o mesmo se dá com o regimento interno (fls. 33/38), criado na mesma data. Observo que a requerida sequer trouxe aos autos a matrícula mãe do loteamento e a individualizada do lote da autora, demonstrando que as restrições constantes do estatuto e regimento interno estavam impostas a todos os adquirentes. De fato, ainda pende de documentação perante a Prefeitura a regularização do loteamento para a individualização de matrículas do parcelamento do solo. Nada obstante, não há prova de que a autora tenha participado da assembleia e anuído aos termos das convenções (tendo sido juntada somente uma folha solta, sem a assinatura de presença, e com a ata incompleta em que teriam fixado em 17/10/2020 os custos para ligação de água e referentes à taxa de melhoria fl. 115). Esclareça-se que não pode ser vinculado nem o pagamento da ligação de água, nem da taxa de melhoria para a adesão à associação, se assim a autora desejar, e muito menos para a possibilidade de edificação no lote. A autora demonstrou que o projeto de edificação foi aprovado pela Prefeitura e a construtora está aguardando a liberação da obra pela associação para iniciar a edificação da residência (fls. 43/46). As benfeitorias que teriam sido realizadas, tais como asfaltamento, jardinagem, lixeiras, sequer foram comprovadas pela requerida, que deixou se exibir os documentos de implantação do loteamento e planilha de custos envolvidos para rateio entre os associados. Nada obstante, trata-se de requisitos que devem ser atendidos pelo loteador, não sendo crível que se relegue ao adquirente as obrigações de infraestrutura."* (fls. 149/150)

Contra esta decisão, insurge-se a requerida, com razão.

Da análise dos autos, verifica-se que a controvérsia se insurge acerca da exigibilidade da taxa de admissão à associação no valor de R$ 45.434,00, pois a autora, ora apelada, já se associou e pagou a taxa de ligação de água no valor de R$ 13.630,00, a partir de 01/06/2022.

Acesso ao Sumário

Conforme se depreende da análise da inicial, antes de adquirir o terreno e por saber que ele pertencia em área administrada por Associação a apelada entrou em contato com o presidente e solicitou informações a respeito da construção, pediu o regimento interno e solicitou certidão negativa em nome do antigo proprietário (fl. 02).

Assim, em que pese à ausência de registro na matrícula do imóvel da Associação, a autora tinha plena ciência da administração da região pela recorrente e dos termos do regimento.

Frise-se, mais uma vez, que no caso dos autos não se discute a obrigatoriedade de associação e sequer a cobrança das taxas mensais, pois a apelada aderiu à associação passando a arcar com o pagamento das mensalidades a partir de junho de 2022.

No entanto, o fez impugnando a exigibilidade do valor da taxa de admissão de novos associados, pois o proprietário anterior do imóvel não era associado, na quantia de R$ 45.434,00.

Primeiramente, não obstante o entendimento do D. magistrado *a quo*, não seria possível que a apelada anuísse com o valor da taxa de admissão de novos associados, pois sequer era proprietária do imóvel, quando o valor foi autorizado pela primeira vez, nos idos de 2012, nem com os termos Estatuto da Associação aprovado em Assembleia realizada em 25/05/2019 (fls. 91/102), tendo em conta a aquisição do imóvel em 27/11/2020.

Além da impossibilidade temporal acima indicada, há a impossibilidade decorrente do fato de que apenas os associados podem votar e decidir em assembleias sobre valores, taxas, termos do regimento interno e estatuto social.

Nem se argumente o desconhecimento da apelada sobre os valores, pois na própria inicial indica ter entrado em contato com a Associação e ter tido acesso aos regimentos.

Por oportuno ainda indicar que além de constar expressamente do artigo 6º ser requisito de admissão de novo associado o preenchimento da proposta de adesão, o pagamento da taxa de ligação de água e da taxa de melhoria, de acordo com os valores definidos e aprovados em assembleia, e a quitação total de qualquer pendência financeira, a norma só se aplica a autora porque aderiu à Associação.

Acesso ao Sumário

Assim, diante da ciência prévia da autora de que a área era administrada por Associação e requerimento dos regimentos internos desta, conforme termos da inicial; previsão expressa de que para a admissão de novos associados seria necessário o pagamento de taxa de admissão, conforme Estatuto Social em seu art. 6º; aprovação dos valores em Assembleias, nos termos das atas juntadas a fls. 87/115; adesão à Associação com pagamento da taxa de ligação de água pela autora, mostra-se de rigor o provimento do recurso.

Nem se argumente que o valor de R$ 45.434,00 é abusivo, pois além de ter sido aprovado em assembleia, só será devido em caso de adesão de novo associado, não sendo obrigatória a associação, em respeito à liberdade de associação garantida na Constituição Federal.

De outro lado, há garantia não só da liberdade de associação como também na forma como as associações serão geridas, sem interferência estatal, não competindo ao judiciário afastar cobrança de quantia devidamente prevista no Estatuto Social, cujo valor vem sendo aprovado em consecutivas assembleias.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;*
>
> *XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;*

Dessa forma, de rigor o provimento do recurso para declarar a exigibilidade da taxa de admissão de novo associado, invertendo-se o ônus de sucumbência a favor da apelante, competindo à autora apelada o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

3. Ante o exposto, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000927-89.2022.8.26.0191, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que é apelante BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A, é apelada NADIR APARECIDA MARTINS DIAS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº** 62.017)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente), LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL e PENNA MACHADO.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

Acesso ao Sumário

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – RECURSO – FRAUDE – AUTORA ABORDADA POR TERCEIRO, TRAJADO COMO FUNCIONÁRIO DO BANCO, OFERENCENDO AUXÍLIO NO CAIXA ELETRÔNICO – SAQUE INDEVIDO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – SÚMULA 479 DO STJ – DEVER DE RESTITUIÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDAMENTE ARBITRADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada de fls. 87/92, que julgou procedente a demanda, condenando o réu a restituir à autora a quantia de R$ 1.010,00, com correção do ajuizamento e juros de mora da citação, arcando, ainda, com o pagamento de indenização por dano moral de R$ 3 mil, acrescida de juros moratórios da citação, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, de relatório adotado.

Nas razões recursais aduz demora no ajuizamento da demanda, transações mediante senha, autora que confessa ter passado o cartão a terceiro, ignorou recomendação de segurança feita, nenhuma responsabilidade, culpa exclusiva do consumidor, dano moral inocorrente, aguarda provimento (fls. 95/106).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 139).

Contrarrazões (fls. 143/149).

Houve remessa.

É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento.

Em 18/05/2021 a autora dirigiu-se à agência para realizar saque, tendo sido abordada por indivíduo, trajado com o uniforme do banco, oferecendo auxílio.

Posteriormente, ao consultar o extrato, percebeu retirada indevida de R$ 1.010,00 de sua conta (fls. 19).

Desinfluente tenha sido a ação ajuizada em 09/03/2022, quando o boletim de ocorrência foi registrado em 10/06/2021, após tentativas inócuas de solução extrajudicial da questão (fls. 17/18).

Acesso ao Sumário

Não se vislumbra culpa exclusiva da vítima, mas sim falha na segurança da casa bancária, que permitiu a atuação de fraudadores em suas dependências.

Ressalte-se que as instituições financeiras respondem por danos decorrentes de defeito na prestação do serviço, de forma objetiva, conforme súmula 479 do STJ:

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

Demais disso, patente o dano moral, decorrente da subtração de verba alimentar de pessoa idosa, que aufere parcos rendimentos de seu benefício (fls. 25 e 27).

E o montante indenitário de R$ 3 mil não comporta redução, arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A propósito:

PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – Regularidade – Razões recursais (da autora) que impugnam, suficientemente, e postulam a majoração de valor indenizatório arbitrado na sentença – Recurso conhecido. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS E INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Operações de empréstimos e saques indevidos em conta-corrente – Fraude – Atuação de estelionatário dentro das dependências da agência bancária ao se passar por funcionário a auxiliar clientes – Autor que entregou seu cartão magnético e revelou seus dados pessoais e senha – Dever de segurança violado – Defeito na prestação de serviços – Responsabilidade objetiva do Banco (art. 14, CDC) – Declaração de inexigibilidade dos 03 empréstimos e dos débitos deles decorrentes – Dano material evidenciado – Condenação à restituição atualizada do montante mensal recebido a título de aposentadoria (a partir de julho/2020), autorizada dedução de tarifa de pacote de serviços de conta – Dano moral configurado – Prejuízo que ultrapassou o mero aborrecimento, afetando remuneração mensal direcionada à subsistência – Indenização fixada – Sentença reformada – Procedência da demanda – Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1050331-89.2020.8.26.0576; Relator (a): Vicentini Barroso; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/08/2022; Data de Registro: 24/08/2022)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Transferência bancária em caixa eletrônico situado em agência bancária com atuação de estelionatário que se passou por funcionário do banco. Sentença de procedência. Irresignação da parte ré. Descabimento. Fatos

Acesso ao Sumário

ocorridos em caixa eletrônico no interior de agência bancária. Causa de pedir lastreada na falha de prestação de serviços bancários, demonstrando o interesse processual da parte autora e a legitimidade passiva da instituição bancária. Impugnação à Justiça Gratuita rejeitada. Atuação de terceiro fraudador que restou incontroversa. Ônus da prova carreado à parte ré, que não demonstrou ter a parte autora agido com desídia em relação a seu cartão e senha durante acesso a terminal de autoatendimento. Culpa exclusiva da vítima não configurada. Parte ré que não produziu prova em contrário. Responsabilidade da requerida pela segurança oferecida aos clientes em seu estabelecimento. Precedentes. Responsabilidade objetiva. Aplicação do art.14 do CDC. Súmula 479 do STJ. Dano material que deve ser ressarcido, no valor da transação impugnada. Devolução da quantia subtraída a ser realizada de forma simples. Falha na prestação de serviço. Dano moral igualmente configurado. Saldo bancário de conta poupança que recebe o benefício previdenciário zerado em decorrência do ato ilícito praticado, tendo ficado indisponíveis os valores anteriormente depositados e poupados pela parte autora. 'Quantum' indenizatório dos danos morais fixado em R$5.000,00, que observou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e precedentes desta Câmara, não merecendo redução. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados para 15% do valor da condenação. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1007311-87.2019.8.26.0348; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2022; Data de Registro: 29/07/2022)

Dessarte, uma vez que a casa bancária não logrou êxito em demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ônus que lhe competia, art. 373, II, do CPC, de rigor a mantença da r. decisão tal qual lançada, com elevação dos honorários advocatícios para 15%, art. 85, § 11, do CPC.

Ficam advertidas as partes em litígio que, na hipótese de recurso infundado ou manifestamente incabível, estarão sujeitas às sanções correlatas, inclusive de verba honorária.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, majorada a verba honorária em prol do patrono da autora para 15%, art. 85, § 11, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000601-

33.2018.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante C.S.G., é apelado W.Y.A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº** 48.226)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente sem voto), REBELLO PINHO e ÁLVARO TORRES JÚNIOR.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: MONITÓRIA – Alegados empréstimos concedidos pelo autor ao réu e não pagos – Ausência de prova documental (e insuficiência da prova oral) que demonstre a disponibilização de quantias pelo autor ao réu – Autor que não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos do direito alegado (art. 373, inc. I, do CPC) – Improcedência mantida – Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação monitória (empréstimos concedidos pelo autor não pagos pelo réu, fls. 1/9) intentada por C.S.G. em face de W.Y.A., julgada improcedente pela r. sentença de fls. 490/503r, de relatório a este integrado, restando o autor-embargado condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa atualizado.

Inconformado, pelas razões expostas a fls. 506/525, o autor postula o provimento a fim de que a ação seja julgada procedente.

A insurgência é tempestiva, foi respondida e recolheu-se o preparo (fls. 526/527).

É o relatório.

2. O recurso não procede.

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 improcedência do pleito injuntivo, arcorada na inexistência de prova inequívoca da existência dos alegados empréstimos e, consequentemente, de débito inadimplido pelo acionado.

Transcreve-se, a seguir, trecho da r. sentença que, dirimindo a pendência suscitada, traduz o entendimento adequado ao caso em tela, tornando superadas

Acesso ao Sumário

as alegações envidadas nas razões recursais.

"A questão então pendente, qual seja, a produção de prova pericial sobre as contas bancárias do (ex-)casal (réu e irmã do autor) indeferida porquanto formulada genericamente, sendo, ademais, desnecessária no caso concreto foi resolvida **definitivamente** diante do trânsito em julgado da V. Decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo réu.

O V. Acórdão do agravo de instrumento interposto da mencionada primeira Decisão não foi conhecido (fls. 458/463). De se notar que o réu acostou em sede de embargos monitórios extratos das referidas contas. Não havendo outras questões processuais a dirimir, passa-se à análise do mérito.

De plano, cumpre observar **particularidade** relacionada à distribuição do ônus probatório no presente processo:

O V. Acórdão da apelação não apenas anulou a R. Sentença de 1º Grau, para possibilitar dilação probatória às partes, como também em vista das circunstâncias do caso concreto **determinou expressamente** a redistribuição da carga probatória, de modo que caberia ao autor comprovar os alegados sucessivos empréstimos que teria feito ao ex-cunhado nos anos de 2015 e 2016.

Diante do trânsito em julgado em 25.10.2019 da V. Decisão do C. STJ que não conheceu do agravo em recurso especial interposto pelo autor, a matéria em tela restou **preclusa**.

De se transcrever o seguinte excerto do V. Julgado:

'As alegações de fraude e abuso de confiança na assinatura das confissões de dívida em questão não podem havidas, como manifestamente inverossímeis, mesmo sendo ele engenheiro e empregado de empresa de grande porte, porque os documentos juntados aos autos revelam que o réu outorgou procuração à sua ex-mulher, irmão do autor da ação monitória, com os mais amplos poderes em 06.10.2016 (fls. 17/18), em razão de viagem para o exterior fato este incontroverso –, enquanto ela ajuizou ação de divórcio direto cumulada com pretensão cautelar incidental de fixação de alimentos provisionais à filha comum, por inicial protocolizada em 25.01.2017 (fls. 49).

Por outro lado, como, em 18 de julho de 2016, o valor de R$120.000,00 correspondia a R$880,00 mensais, o valor emprestado correspondia a pouco mais de 136 salários-mínimos então vigentes.

Nada nos autos infirma a alegação da parte ré de que os respectivos extratos bancários juntados aos autos provam que o numerário referido, nas confissões de dívida, não ingressaram em sua conta-corrente.

4. No caso dos autos, pelo meu voto, **considerando, suas peculiaridades, e que, na normalidade, movimentações financeiras em valor elevado – como é o caso dos autos, dado que superior a 136 salários mínimos então vigentes –, são realizadas por via bancária**, é de se: (a) reconhecer que o jul-

Acesso ao Sumário

gamento do feito, sem permitir ao réu produção da prova testemunhal por ele requerida, configurou cerceamento do direito de defesa, por afrontar ao princípio constitucional do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, uma vez que a impediu de produzir prova oral pertinente, para demonstrar suas alegações de que as confissões de dívidas, em que lastreada a ação monitória, foram obtidas mediante fraude e abuso de confiança, com intervenção de sua ex-mulher, irmã do autor na ação monitória; e (b) **atribuir à parte autora o ônus da prova de que disponibilizou a quantia especificada nas confissões de dívida à parte ré**, uma vez que, embora incumba ao réu o ônus de desconstituir a prova da dívida apresentada pelo autor da ação monitória, 'o processo monitório admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova' (STJ – 3ª Turma, REsp 1084371/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u, j. 01/12/2011, DJe 12/12/2011), pois 'não será lícito carregar ao embargante o ônus de provas negativas, só pelo fato de figurar ele como demandante no processo de embargos' (STJ – 3ª Turma, REsp 1084371/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u, j. 01/12/2011, DJe 12/12/2011).' **(fls. 247/248, destaques nossos)**

Constando expressamente de sua parte dispositiva:

'5. Em consequência, o recurso deve ser provido, para anular a r. sentença recorrida, para que outra seja proferida, após regular dilação probatória, permitindo às partes a produção das provas pertinentes para demonstrarem suas alegações, inclusive a prova oral requerida pela parte apelante, **com atribuição à parte autora o ônus da prova de que disponibilizou a quantia especificada nas confissões de dívida à parte ré.'** (fls. 247/248, destaque nosso)

Com efeito, tanto a precariedade dos documentos a que se pretender atribuir força de título executivo (fls. 14 e 15), cujos conteúdos não espelham as alegações autorais (posto referirem a um único empréstimo e não vários deles como na versão apresentada na exordial), sem especificação de quaisquer condições, termos iniciais ou finais, forma de atualização etc., acrescida de sua vultosa quantia, que tomada a afirmação de que se tratara de diversos empréstimos durante o período de 02 anos, resultaria na média mensal de R$5.000,00 (cinco mil reais), equivalentes a 6 (seis) salários-mínimos vigentes à época, tudo sem maiores explicações, aliado ao fato de que a ex-mulher do réu, irmã do autor, ajuizou ação de divórcio (fl. 49) cerca de três meses após a assinatura da 'declaração' de fl. 15, examinados em conjunto, põe em xeque a alegada liquidez e certeza do suposto débito, a exigir maior comprovação (por parte do autor) **da existência** desses negócios.

E nessa esteira, a pretensão autoral é improcedente.

Ambas as partes promoveram instrução probatória deficitária, concentrando-se em 'demonstrar' pontos incontroversos que, no entanto, não conduzem lógica e necessariamente às consequências jurídicas pretendidas.

Acesso ao Sumário

Assim, o autor trouxe aos autos apenas duas 'declarações' a que almeja emprestar força de título executivo, uma outra declaração (fl. 369), esta datada de 14.02.2020, de sua mãe (ex-sogra do réu), alguns documentos bancários a fls. 348/355 e ouviu uma de suas irmãs (na qualidade de informante) em audiência de instrução e julgamento.

Todas essas declarações e documentos cingiram-se, na essência, à alegação de que o réu teria assinado a 'declaração' do suposto débito objeto da presente, além de fazer alusões genéricas a diversos empréstimos realizados ao longo de anos, **sem especificar** nenhum deles, bem assim, a uma 'reunião familiar' para tratar do assunto.

Ora, o próprio réu confessa, em sede de embargos à ação monitória, que efetivamente assinou os documentos em referência, restando incontroverso tal ponto.

Por outro lado, apesar de admitir a assinatura, o réu aduz, em síntese, vício de consentimento, alegando, do mesmo modo como fez o autor, uma genérica e não explicada 'fraude' para 'desviar patrimônio da partilha' e 'abuso de confiança', na tentativa de justificar o motivo de tê-los assinado, aduzindo que '[...] *os documentos foram assinados pelo Réu sem atenção para seu teor, fundado na confiança que detinha em sua então esposa. [...]'* **(fl. 43).**

As afirmações em tela são inverossímeis e vieram desacompanhadas de qualquer prova. De se notar que o erro capaz de macular a vontade do réu é tão somente aquele capaz de enganar a pessoa média, não se mostrando razoável que um profissional de grau superior assine documentos sem lê-los.

A única testemunha do réu ouvida em audiência, serventuária de Cartório de Notas, limitou-se a confirmar que o autor efetivamente compareceu na Serventia Extrajudicial no dia 06.10.2016 para lavrar instrumento de mandato para sua então esposa, mesma data em que reconheceu firma em outros documentos, cujo teor a testemunha não soube dizer. Porém, por se tratar da mesma data e Cartório, razoável inferir que a 'declaração' de fl. 15 seria um desses.

Não há nos autos qualquer evidência de que o réu tenha sido ludibriado por sua ex-esposa.

Nada obstante, em que pese a precária instrução probatória levada a cabo **por ambas as partes**, que se concentraram sobre pontos incontroversos ou irrelevantes à solução da lide, de se acolher os embargos monitórios, não por conta da versão oferecida pelo réu sobre suposta fraude ou outro vício de consentimento que, como visto, não foram demonstrados e sim, porque o autor não se desincumbiu **minimamente** de comprovar a existência dos alegados empréstimos, supostamente 'consolidados' na declaração de fl. 15.

Encargo esse que lhe foi atribuído expressamente no V. Acórdão de fls.

245/249, transitado em julgado:

'[...] (b) atribuir à parte autora o ônus da prova de que disponibilizou a quantia especificada nas confissões de dívida à parte ré, [...]' (fl. 248, destaque nosso)

Retornando os autos a esta 1ª Instância, foi-lhe oportunizada, também expressamente, a faculdade de comprovar o alegado, limitando-se o autor a juntar os documentos de fls. 348/355, requerer a oitiva de sua mãe e irmãs, inclusive a ex-esposa do réu (que não foi ouvida, diante de seu impedimento, como constou do termo de audiência de fls. 384/386), bem assim, a já referida declaração de sua mãe a fl. 369.

Os documentos de fls. 348/355, que no dizer do autor, seriam transferências bancárias para a conta de sua irmã, ex-esposa do réu, além de estarem desacompanhadas de qualquer comprovante de titularidade ou da suposta destinatária, referem-se a operações realizadas nos anos de 2011 a 2012, enquanto que o próprio autor, na vestibular, alega que os empréstimos seriam dos anos de 2015 a 2016, pelo que aqueles não sustentam sua versão.

Dos elementos coligidos aos autos, não foi comprovado um único empréstimo sequer, prova essa que, ademais, não seria dificultosa, ainda que verdadeira a afirmação ventilada em sede de audiência de que o autor e suas irmãs, profissionais liberais, recebiam de seus clientes e negociaram com o réu em pecúnia, posto que o valor dos empréstimos seria vultoso e acessível à irmã do autor, ex-esposa do réu, que poderia muito bem informar-lhe os respectivos destinos, já que seria na versão autoral codevedora (fl. 20).

Não tendo o autor se desincumbido do ônus imposto pelo V. Acórdão de fls. 245/249, de rigor a sucumbência de sua pretensão, não havendo, nestes autos, qualquer documento capaz de substanciar a existência dos negócios subjacentes à declaração de fl. 15, carecendo esta de liquidez e certeza." (fls. 494/502).

Como se vê, o v. acórdão de fls. 245/253 atribuiu ao apelante o ônus da prova de que disponibilizou mediante depósito em conta-corrente do apelado ou que lhe tenha entregado diretamente as aludidas quantias emprestadas ao réu, todavia, desse ônus não se desincumbiu.

Destarte, ausente prova da existência da dívida, a improcedência do pedido injuntivo 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 15% do valor da causa atualizado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1031338-71.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VIAMAR VEÍCULOS, PEÇAS E SERVIÇOS LTDA, é apelada JULIANA BERGARA BÜLLER ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.175)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 18 de novembro de 2022.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Venda direta de veículo com condições para Pessoas com Deficiência (PCD). Alegação inicial de que a ré, após a autora obter toda a documentação inerente às isenções de IPI e ICMS, se recusou a efetivar o pedido de compra do veículo. Perda superveniente do interesse de agir pela venda do veículo no curso do processo. Sentença que julgou extinta a ação sem resolução do mérito. Verbas sucumbenciais corretamente impostas em desfavor da ré. Concessionária ré que deu causa ao ajuizamento da demanda. Conjunto probatório que demonstra que a ré não informou adequadamente a autora sobre a paralisação das vendas do modelo escolhido por ela, sendo que ao emitir a Declaração e orientar a consumidora a obter as isenções fiscais, gerou legítima expectativa quanto ao prosseguimento do processo de compra e venda. Honorários advocatícios fixados sobre o valor da causa, na forma do art. 85, § 2º, CPC. Correção da medida. Apelo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Juliana Bergara Büller Almeida em face de Viamar Veículos Peças e Serviços Ltda, que a respeitável

sentença de fls. 146/148, cujo relatório se adota, julgou extinta sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC. Pela causalidade, a ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

A ré opôs embargos de declaração (fls. 151/155), os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 156.

Apela a ré (fls. 159/167), sustentando, em resumo, que não houve oferta de venda, logo, a apelante não está vinculada ao cumprimento; a declaração de fls. 09 não é oferta de venda, tanto que a autora na própria inicial reclama que não houve pedido junto à fábrica; o referido documento é uma declaração emitida pela concessionária de maneira a permitir a obtenção de isenção de ICMS junto ao órgão público apenas. Insiste que, conforme comunicados da fabricante Chevrolet (fls. 37 e 38/40), a fabricação do carro estava suspensa por ordem da montadora (fls. 37 e 38/40); a apelante chegou a fazer o pedido de fabricação à Chevrolet, mas foi negado porque a documentação do IPI e ICMS estavam vencidas (vide e-mail à fls. 111/112); a apelante não detinha legitimidade para requerer a renovação das isenções, fato informado à apelada, contudo, ela se negava a fazê-lo; após muito custo a apelada renovou as isenções, sendo aí sim possível que a apelante fizesse o pedido de fabricação, conforme se vê às fls. 138 e 139. Portanto, não há como se dizer que a apelante deu causa à ação, porque a concessionária não fabrica veículos, somado ao fato de que a fabricação de carros PcDs estava suspensa por determinação da Chevrolet; e nesse meio tempo ainda ocorreu a recalcitrância da apelada em apresentar isenção válida. Por fim, alega equívoco quanto ao critério utilizado pela sentença para a fixação dos honorários; deve ser considerado o proveito econômico obtido, isto é, o valor de isenção dos tributos de IPI e ICMS, e não o valor da causa. Pede a reforma da sentença.

Recurso tempestivo; preparo a fls. 168/170 e complementado a fls.

Contrarrazões a fls. 175/182, com pedido de condenação da ré em "danos morais".

O despacho de fls. 185 determinou a complementação do preparo recursal pela apelante, ao qual foram opostos embargos de declaração (subprocesso nº 50000), rejeitados pela decisão de fls. 190/191.

A apelante interpôs agravo interno (subprocesso nº 50001), sustentando não haver a necessidade de complementação do preparo, ao que foi dado provimento em juízo de retratação (fls. 205/207).

É o Relatório.

Extrai-se da petição inicial que a autora se interessou na compra de um veículo Chevrolet/Tracker com as condições para Pessoa com Deficiência (PCD).

Acesso ao Sumário

A autora iniciou o processo administrativo para obter a isenção do ICMS e IPI com a finalidade de adquirir o veículo escolhido na concessionária ré.

E assim que obteve as isenções, a autora entrou em contato com a ré, que passou a recusar o pedido de compra do veículo, ensejando o ajuizamento da presente demanda para compelir a ré a formalizar o pedido de compra e entrega do veículo nos termos acordados.

A tutela provisória de urgência foi indeferida pela decisão de fls. 20/21.

Em contestação, a ré alegou que a venda de veículos PCD é feita diretamente com a montadora; que a autora procurou a concessionária em 08/06/2020, tendo sido orientada a obter a documentação referida; que a venda de veículos Tracker para clientes PCD estava suspensa por ordem da Chevrolet em 06/05/2020, devido à pandemia de Covid-19. Disse a ré que está impedida de efetuar o pedido de compra e que, apesar da suspensão das vendas, emitiu a declaração que permitiu à autora obter as isenções de IPI e ICMS com validade programada até 05/03/2021 e 25/03/2021; até lá, espera-se ser possível atender o pleito autoral com o retorno da produção. Insistiu que a declaração emitida em favor da autora não é proposta de venda, mas documento necessário à obtenção das isenções.

No transcurso da ação, a autora noticiou o vencimento das isenções concedidas.

Após novo pedido e obtenção das isenções (fls. 135/136), a ré informou nos autos que providenciou o registro do pedido de compra e venda do modelo escolhido pela autora (fls. 138/139).

Em 10/09/2021, o veículo foi finalmente entregue à autora, conforme recibo de fls. 142.

Assim é que sobreveio a respeitável sentença de fls. 146/148, que extinguiu o feito sem resolução do mérito pela perda superveniente do interesse de agir e condenou a ré nas verbas sucumbenciais.

É contra esta parte final da sentença que apela a ré, insistindo que não houve descumprimento de oferta, pois o documento de fls. 09 não é oferta de compra, mas mera declaração da concessionária. Alega, ainda, que a fabricação do modelo Tracker estava suspensa pela montadora.

Pois bem.

De início, diante de inadequação manifesta, deixo de conhecer do pedido feito pela apelada em contrarrazões, de condenação da ré apelante em indenização por danos morais.

Tal pretensão não constou da petição inicial, não podendo a autora inovar seu pedido a esta altura.

No mérito do recurso da ré, razão alguma lhe assiste.

Acesso ao Sumário

Ainda que se alegue que a "Declaração do Distribuidor Autorizado Concessionária" (fls. 09) não tem o condão de caracterizar oferta de venda, importa analisar o contexto fático em que o referido documento está inserido.

Ficou bem demonstrado nos autos que a autora só foi informada sobre a suposta impossibilidade de prosseguir com o pedido de compra após ter obtido toda a documentação.

Note-se que a própria ré aponta que recebeu um comunicado da montadora Chevrolet, em 06/05/2020, informando sobre a suspensão das vendas de veículos Tracker para clientes PCD (fls. 37).

Não obstante, ao que consta dos autos, a autora não foi adequadamente informada sobre tal circunstância quando procurou a concessionária ré em 08/06/2020.

Com a emissão da Declaração e seguindo as orientações da ré, a autora prosseguiu com a obtenção das isenções, sem ter conhecimento prévio sobre a paralisação das vendas.

A bem da verdade, a concessionária, temendo perder a venda do veículo, orientou a autora a obter a documentação de antemão (sem lhe esclarecer fatos importantes, como a suspensão das vendas do veículo pretendido) e apostou na retomada das vendas do modelo Tracker para PCD o quanto antes (fls. 28) – o que só veio a acontecer no ano seguinte, quando o prazo das isenções obtidas pela autora já havia expirado.

Vale dizer, ainda, que o fato de a autora ter supostamente demorado para proceder na renovação das isenções em nada afeta a causalidade em questão.

Daí se dizer que a ré, pela atitude que teve, criou expectativa na autora em prosseguir com a compra e venda do veículo, legitimando o ajuizamento da presente ação.

É o que basta para concluir, como bem ponderou o magistrado sentenciante, que "a ré deu causa à existência do processo, de modo que sobre ela deve recair o ônus de pagamento das custas processuais e honorários advocatícios" (fls. 147/148).

Por fim, também não convence a pretensão recursal da ré em alterar a base de cálculo dos honorários sucumbenciais.

A ação foi extinta sem julgamento do mérito pela perda superveniente do objeto.

Nessa hipótese, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da causa, pois não há valor de condenação ou proveito econômico aferível, na forma do art. 85, § 2º, do CPC.

Assim sendo, de rigor a manutenção da respeitável sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Acesso ao Sumário

Pelo decaimento recursal, majoro os honorários advocatícios para 12% do valor atualizado da causa.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000522-95.2022.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante/apelada B. V.P.S/A., é apelada/apelante O.M.G.A. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.989)**

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

São Paulo, 21 de novembro de 2022.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Débito de prêmio securitário tido por indevido em conta bancária. Aplicação das normas do CDC ao caso. Prescrição inocorrente. Situação narrada que caracteriza fato de serviço. Inteligência do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Não comprovação da existência de contrato válido que justificasse as cobranças havidas. Alegação de fraude cometida por terceiro. Fornecedor de serviço que por dever da atividade deve empreender esforços suficientes para suplantar a hipótese de fraude, malefício recorrente na esfera de sua atuação. Devolução do indébito em dobro, com fundamento no art. 42, parágrafo único, do CDC. Requisito subjetivo (dolo, má-fé ou culpa) irrelevante. Prevalência do critério da boa-fé objetiva. Tese firmada pelo E. STJ no julgamento do EAREsp nº 676.608/RS. Ofensa moral caracterizada.

Valor do quantum reparatório. Indenização arbitrada em patamar razoável que não comporta alteração. Correção monetária e juros de mora que devem incidir conforme as disposições das Súmulas 54 e 362 do E. STJ. Cominação de multa ao descumprimento da ordem de abstenção de negativação do nome da consumidora que tem por fim dar efetividade ao comando judicial afigura-se regular, com exigência apenas em caso de descumprimento. Honorários advocatícios estabelecidos em observância aos preceitos legais, que não comportam alteração. Recursos desprovidos.

VOTO

Tratam-se de apelações interpostas por **B.V.P.S/A. e O.M.G.A.** nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica contratual c. c. pedido de repetição de indébito em dobro e indenização por dano moral, cujos pedidos foram julgados procedentes pela r. sentença de fls. 155/164, de relatório que se adota, para: declarar a inexistência da dívida em questão e quaisquer débitos relacionadas ao negócio jurídico discutido nos autos; determinar ao réu se abster de praticar atos de cobrança e de incluir o nome da autora em cadastros de proteção ao crédito, sob pena de multa de R$1.000,00 (um mil reais) por desconto e/ou negativação, limitada a R$10.000,00 (dez mil reais); condenar o réu à repetição do indébito em dobro, a ser apurada em sede de cumprimento de sentença, com atualização monetária pelos índices da tabela prática do TJSP e juros de mora de um por cento (1%) ao mês, a partir de cada desconto indevido; condenar o réu a pagar à autora, a título de indenização por dano moral, o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), atualizado monetariamente pelos mesmos índices desde o arbitramento e com juros de mora de um por cento (1%) ao mês da data do evento danoso.

Sustentou o réu, em resumo, que a pretensão da autora está prescrita, pois o prazo a ser considerado na hipótese é de um (1) ano, a teor do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Afirmou, no mais, que a parte contrária aderiu ao contrato que deu ensejo aos débitos em sua conta bancária, de forma livre e válida, portanto, deve responder pelas obrigações que assumiu, não se eximindo delas por mero arrependimento. Imputou à autora o ônus de provar a verossimilhança de suas alegações, ou seja, a suposta falha na prestação de seus serviços, do que não obteve êxito, assim, não ficaram caracterizados os pressupostos da responsabilidade objetiva nos termos da legislação consumerista, tampouco o direito à restituição em dobro de qualquer valor. Defendeu, subsidiariamente, que ato de terceiro fraudador exclui sua responsabilidade por eventuais prejuízos suportados pela correntista; que a narrativa contida na inicial não passa de mero

Acesso ao Sumário

dissabor do cotidiano, incapaz de gerar o dever de indenizar e, caso mantida a condenação a tal título, o *quantum* indenizatório é excessivo, considerando os propósitos da reparação, razão pela qual merece ser reduzido, além dos juros de mora devem incidir a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362, do E. Superior Tribunal de Justiça; que não agiu de má-fé a justificar sua condenação em repetição em dobro das quantias debitadas da conta bancária da autora. Entendeu que a imposição da multa para o caso de descumprimento da obrigação que lhe foi imposta é indevida por não fixar prazo hábil ao cumprimento. Postulou que a verba honorária seja reduzida, porque fixada em patamar exorbitante.

Alegou a autora, em suma, que a quantia arbitrada a título de indenização por dano moral é irrisória, considerando a conduta ilegal cometida pelo réu que lhe causou prejuízos, cabendo sua majoração para R$20.000,00 (vinte mil reais); que o termo inicial da correção monetária é a data do ajuizamento da ação; que os honorários advocatícios devem ser elevados para vinte por cento (20%) do valor da condenação a fim de remunerar adequadamente seu patrono.

Foram oferecidas contrarrazões, com pleito de desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Segundo a autora, de modo indevido, foram debitados de sua conta bancária destinada ao depósito de seu benefício previdenciário, a partir de 1º de fevereiro de 2022, prêmios de seguro que não foi por ela contratado, razão por que ajuizou a presente demanda.

Pois bem, primeiramente passa-se à análise da alegação de prescrição da pretensão da autora. Da inicial se infere que ela imputa responsabilidade ao réu pelos descontos indevidos na sua conta bancária, bem como postula a declaração da sua inexigibilidade, a repetição em dobro dos respectivos valores e a indenização por dano moral.

Inegável, no caso, a relação de consumo estabelecida entre as partes e que a situação narrada pela autora, ora consumidora, caracteriza fato do serviço e, em assim sendo, incide o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor[1].

Dessa maneira, como a ação que deu origem a este recurso foi ajuizada em 22 de março de 2022 e os descontos indevidos, pelo que se infere do extrato juntado com a inicial, começaram em 1º fevereiro do mesmo ano (fls. 17), não há que se falar em prescrição.

Nesse sentido é o entendimento desta C. Câmara, confira-se: *"APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Cobrança de valores de prêmios de seguro em conta bancária da Autora, na qual recebe*

Acesso ao Sumário

1 Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

proventos previdenciários. Ausência de prova de contratação entre as partes. Prescrição da pretensão da Autora. Inocorrência. Prazo quinquenal previsto no art. 27, do CDC, em razão de fato do serviço. Devolução, em dobro, dos valores. Danos materiais existentes e devolução regida pela norma do art. 42, parágrafo único, do CDC. Danos morais existentes, com ressalva de entendimento contrário. RECURSO DE APELAÇÃO AUTORA PROVIDO."[2]

Quanto à alegação de fraude cometida por terceiro, cabe, na forma da legislação em vigor, notadamente no Código de Defesa do Consumidor, o dever do fornecedor tomar as providências e os cuidados necessários para que o consumidor não seja prejudicado pela prestação de seus serviços.

Destarte, por dever da atividade, cumpria ao réu os esforços suficientes para suplantar a hipótese de fraude, malefício recorrente na esfera de sua atuação, todavia isso não ocorreu e, portanto, deve arcar com as consequências advindas, na exata extensão dos prejuízos causados à autora.

Cumpre salientar que a questão referida ajusta-se à norma elencada no art. 14[3] do Código de Defesa do Consumidor, observando-se seu § 3º, II, pois embora o réu não tenha agido com dolo ou má-fé, destaque-se que está ele obrigado a arcar com os danos causados a terceiros em razão de eventual deficiência em seus sistemas e por não agir com a cautela necessária para a formação do pacto que deu ensejo aos descontos indevidos em desfavor da autora.

Aliás, do conjunto probatório produzido nos autos se verifica que foram realizados descontos na conta bancária da autora a título de pagamento do prêmio de seguro "B.V.P." sem que ela tenha dado causa para tanto, conferindo verossimilhança a suas alegações.

Tenha-se presente que a responsabilidade do réu reside no fato de ter descontado mensalmente, a partir de 1º de fevereiro de 2022, os valores entre R$33,32 (trinta e três reais e trinta e dois centavos) e R$31,38 (trinta e um reais e trinta e oito centavos) da conta bancária da autora, relativo a contrato cuja negociação, repita-se, não foi demonstrada nos autos, ônus que a ele competia.

Frise-se que foi dada oportunidade ao réu de comprovar a adesão da autora ao serviço que motivou os referidos descontos, conforme alegado em sua contestação, contudo, postulou a juntada de novos documentos sem nem sequer indicar quais seriam (fls. 150).

No que tange à restituição em dobro do indébito prevista no parágrafo

2 TJSP; Apelação Cível 1021862-96.2021.8.26.0576; Relator(a): Berenice Marcondes Cesar; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/08/2022; Data de Registro: 05/08/2022.

3 "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: (...) II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Acesso ao Sumário

único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor[4], há de se considerar que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o tema, firmou o entendimento no sentido de que é cabível tal penalidade nos casos em que a cobrança indevida seja contrária a boa-fé objetiva, portanto, independe da natureza do elemento volitivo da fornecedora (dolo, má-fé ou culpa). Confira-se: *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. TELEFONIA FIXA. COBRANÇA INDEVIDA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. 1) RESTITUIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO (PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 42 DO CDC). DESINFLUÊNCIA DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO DO FORNECEDOR QUE REALIZOU A COBRANÇA INDEVIDA. DOBRA CABÍVEL QUANDO A REFERIDA COBRANÇA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA. 2) APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL DO CÓDIGO CIVIL (ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL). APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 412/STJ. 3) MODULAÇÃO PARCIAL DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO INTEGRAL DO RECURSO. (...) 13. Fixação das seguintes teses. Primeira tese: 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. Segunda tese: A ação de repetição de indébito por cobrança de valores referentes a serviços não contratados promovida por empresa de telefonia deve seguir a norma geral do prazo prescricional decenal, consoante previsto no artigo 205 do Código Civil, a exemplo do que decidido e sumulado no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de tarifas de água e esgoto (Súmula 412/STJ). Modulação dos efeitos: 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."*[5]

Na hipótese vertente, os descontos ilegítimos ocorreram a partir de fevereiro de 2022, ou seja, após a publicação do V. Acórdão acima mencionado, que ocorreu em 30 de março de 2021 por meio do DJe, logo, como já destacado, a má-fé não é exigida para se caracterizar o dever de devolução em dobro com fundamento no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

4 Art. 42. (...) 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.

5 STJ, EAREsp nº 676.608/RS, Min. Rel. Og Fernandes, J. 21/10/2020, DJe 30/3/2021)

No caso analisado, não se extrai das provas produzidas pelas partes que a conduta do réu observou a boa-fé objetiva, tampouco engano justificável.

Isso porque não ficou demonstrado que a cobrança e o desconto realizado pelo réu se originaram de negócio jurídico válido.

Desse modo, reconhecida a irregularidade na cobrança, pois o réu não tomou as providências necessárias a fim de evitar a contratação irregular, ou ao menos apurá-la quando questionado pela consumidora, deve prevalecer a restituição em dobro dos valores descontados indevidamente com os acréscimos moratórios da r. sentença.

Por outro lado, o dano moral está plenamente configurado, tendo em vista que a autora sofreu descontos indevidos de prêmios securitários em seu benefício previdenciário e ficou privada do dinheiro que lhe pertencia por ato ilícito do réu, o que lhe causou angústia e perturbação, por ser tratar de valores necessários à sua subsistência, que superaram os meros aborrecimentos do cotidiano.

Vale lembrar que o dano moral, na espécie, é presumido, isto é, existe *in re ipsa*, não necessitando de comprovação, pois decorre do efeito lesivo do fato na esfera anímica da autora

Certo o dever de indenizar, no que concerne ao *quantum*, de se observar que a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha constituir enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar 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.

A propósito, a lição de Carlos Alberto Bittar:

"Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses e conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido.

Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante."[6]

Sob esse enfoque, tem-se que o MM. Juiz arbitrou a indenização por dano moral em valor razoável e adequado (R$ 5.000,00), condizente com as atribulações impostas à autora, sem se olvidar o caráter repressivo e pedagógico próprio da indenização por dano moral.

6 in "Reparação Civil por Danos Morais", 3ª edição, 1997, Revista dos Tribunais, p. 233.

Acesso ao Sumário

Os juros de mora são devidos a partir da data dos descontos indevidos e a correção monetária desde a data do arbitramento na r. sentença, nos termos das Súmulas 54[7] e 362[8] do E. Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, há de se esclarecer que a aplicação da multa para o caso de descumprimento da ordem de o réu se abster de inserir o nome da autora em cadastros de maus pagadores é medida que se impõe, tendo a providência escopo à efetivação da determinação visando o equacionamento da questão posta e, portanto, sem ofensa ao ordenamento jurídico, até porque o valor foi fixado com moderação, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo que se falar em redução do valor e diminuição da limitação da astreinte, notadamente porque o réu é a único responsável pela imposição da penalidade em caso de inscrição desabonadora, aliás, a natureza e o objeto da multa – abstenção de ato –, não impõe prazo para sua incidência.

No que concerne aos honorários advocatícios, estabelecidos em dez por cento (10%) sobre o valor da condenação, diante da orientação contida no art. 85, § 2º e incisos do Código de Processo Civil, verifica-se que a fixação foi dentro do padrão de razoabilidade, não comportando alteração.

Assim, outro não poderia ter sido o resultado desta ação.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025206-16.2021.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BARBARA LETÍCIA MOURA TAVARES, é apelado BANCO BRADESCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº** 38.524)

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

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

7 Súmula 54. "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

8 8 Súmula 362. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenizatória por danos morais – Alegado pela autora que não havia justificativa para que o seu nome fosse incluído nos órgãos de proteção ao crédito pelo banco réu – Tese exposta na inicial que não se mostrou verossímil, ainda que a ação verse sobre consumo e seja a autora hipossuficiente – Banco réu que comprovou que a autora aderiu a cartão de crédito, tendo-o utilizado para compras – Banco réu que evidenciou que a autora tornou-se inadimplente a partir da fatura vencida em 14.6.2021 – Autora que não negou a existência de relação jurídica entre as partes – Autora que não comprovou o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, do CPC), ou seja, o pagamento regular do saldo devedor do ventilado cartão de crédito quando da negativação de seu nome – Ausência da notificação a que alude o art. 43, § 2º, do CDC – Responsabilização por tal conduta não atribuível ao banco réu, nos termos da Súmula 359 do STJ – Inviabilidade do reconhecimento de inexigibilidade do débito discutido, consequentemente, da fixação de indenização por danos morais – Improcedência da ação mantida – Apelo da autora desprovido.

VOTO

1. Barbara Letícia Moura Tavares propôs ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais, de rito comum, em face de "Banco Bradescard S.A." (fls. 1/7, 27).

A MMª Juíza de origem outorgou à autora o benefício da justiça gratuita (fl. 28), tendo deferido o pedido de tutela de urgência: "para determinar a exclusão do nome de Barbara Letícia Moura Tavares do(s) cadastro(s) do(s) órgão(s) de proteção ao crédito com relação apenas ao(s) apontamento(s) no(s) valor(es) de R$ 1.128,73, data da inclusão 25/07/2021, data vencimento 22/02/2021 (conforme informado na inicial à p. 01 e extrato às pp. 22/23), no prazo de cinco dias, sob pena de fixação de multa" (fl. 28).

O banco réu ofereceu contestação (fls. 35/58), havendo a autora apresentado réplica (fls. 88/98).

A ilustre juíza de primeiro grau, de modo antecipado (fl. 100), julgou a ação improcedente (fl. 102). Condenou a autora no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre

Acesso ao Sumário

o valor da causa (fl. 102). Determinou, porém, que, na execução das verbas de sucumbência, fosse observado o art. 98, § 3º, do atual CPC (fl. 102).

Inconformada, a autora interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 105), aduzindo, em síntese, que: o banco réu não comprovou a regularidade da dívida que deu ensejo ao apontamento negativo em seu nome; o contrato original não foi juntado ao feito; as telas sistêmicas apresentadas pelo banco réu são documentos unilaterais e ineficazes para comprovar a existência da dívida; as faturas não possuem correspondência com os dados levados a registro; não pode comprovar o pagamento de dívida que desconhece; deve ser aplicada a inversão do ônus da prova; foi surpreendida com a inscrição realizada sem prévia notificação; o banco réu deve ser condenado no pagamento de indenização por dano moral; a sentença recorrida há de ser reformada (fls. 106/114).

O recurso não foi preparado, por ser a autora beneficiária da justiça gratuita (fl. 28), tendo sido respondido pelo banco réu (fls. 119/130).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pela autora não merece prosperar.

Ainda que a ação verse sobre consumo e seja a autora hipossuficiente, não se mostrou verossímil a tese exposta na inicial de que não há justificativa para que o seu nome fosse incluído, em 25.7.2021, nos órgãos de proteção ao crédito pelo banco réu (fl. 1), por força do débito de R$ 1.128,73, vencido em 22.2.2021, relativo ao contrato nº 6505190323838000 (fls. 22/23).

Na contestação (fls. 35/58), o banco réu esclareceu que: a autora contratou, em 30.12.2020, cartão de crédito "C&A Elo Mais" (fl. 41); como ela, depois de tê-lo utilizado para compras diversas (fls. 76/81), ficou inadimplente desde 14.6.2021, o seu nome foi lançado em órgão de restrição ao crédito (fl. 23).

Os esclarecimentos do banco réu vieram acompanhados por diversas faturas de transações realizadas com o aludido cartão de crédito (fls. 76/81), das quais consta a existência de pagamentos (fls. 77, 80), fato este que destoa do perfil de fraudador.

A autora não negou a relação jurídica existente entre ela e o banco réu (fls. 27), tendo refutado, entretanto, a existência do débito sob os seguintes argumentos: desconhece a procedência da suposta dívida que lhe foi imputada; não houve notificação prévia; o valor inserido nos órgãos de proteção ao crédito diverge daquele apontado nos sistemas do banco réu para quitação da dívida (fls. 1/2).

Todavia, como a autora não comprovou o fato constitutivo de seu direito (art. 373, inciso I, do CPC), ou seja, o pagamento regular do saldo devedor do ventilado cartão de crédito quando da negativação de seu nome, em 25.7.2021 (fl. 23), existindo relação contratual entre as partes, inviável reputar-se como ilegítimo o débito indicado em seu nome pelo banco réu no rol de inadimplentes.

Consoante assinalado na sentença combatida:

"As faturas de consumo de cartão de crédito apresentadas pelo réu às fls. 76-81 demonstram a utilização pela parte autora dos serviços bancários oferecidos pelo réu, bem como a movimentação do cartão de crédito, pois, além de compras, houve, durante determinado período, o regular pagamento de fatura.

Fato é que não houve controvérsia quanto à utilização pela parte autora quanto ao referido cartão de crédito. Em momento nenhum, a parte autora negou ter feito uso do cartão, ou impugnou expressamente as faturas juntadas.

Destaco, inclusive, que, em todas as faturas (do período de 01/2021 a 07/2021), consta o endereço do titular como (...) (fls. 76-81), sendo o mesmo endereço informado pela autora na inicial e na procuração (fls. 1, 8).

Além disso, a parte autora não impugnou especificamente as compras efetuadas e descritas nos referidos documentos, e do mesmo modo não comprovou o pagamento das respectivas parcelas, limitando-se a apontar que o valor negativado não corresponde com exatidão ao valor negativado, olvidando-se da existência de juros e demais encargos legítimos decorrentes da sua inadimplência. Note-se que não há notícia do pagamento da fatura a partir do vencimento de fev/2021 (fl. 77).

Portanto, temos que a inscrição promovida pela parte ré foi resultado da efetiva inadimplência do autor. Com efeito, se o crédito era devido, agiu o polo passivo no exercício regular de um direito ao provocar o registro do nome da parte autora nos órgãos de proteção ao crédito" (fls. 101/102).

Por outro lado, deve ser considerada, para efeito de inscrição regular nos órgãos de proteção ao crédito, a existência de débito inadimplido pelo devedor, não o valor em sua expressão econômica indicado em seu nome (fl. 108).

Segundo deliberado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"(...) aquele que, efetivamente, se insere na condição de devedor, estando em atraso no pagamento de dívida por si assumida, não pode se sentir moralmente ofendido por um protesto de título que, apesar de irregular por não representar fidedignamente o montante da dívida, apenas veio a testificar a inadimplência" (REsp nº 1.437.655-MS, registro nº 2014/0040786-0, 3ª Turma, v.u., Rel. Min, NANCY ANDRIGHI, j. em 19.6.2018, DJe de 25.6.2018).

A responsabilidade por eventual irregularidade do apontamento levada a efeito pelo banco réu perante os órgãos de proteção ao crédito (fl. 112), em razão da ausência de prévia notificação, não pode ser atribuída à instituição financeira, mas tão somente ao órgão mantenedor dos cadastros de proteção ao crédito, a quem incumbe a obrigação legal da notificação a que alude o art. 43, § 2º, do

Acesso ao Sumário

Código de Defesa do Consumidor.

Nesse rumo dispõe a Súmula 359 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJU de 8.9.2008, a seguir transcrita:

"Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição".

A autora não faz jus, em suma, à declaração de inexigibilidade do débito de R$ 1.128,73, disponibilizado em seu nome em 25.7.2021 (fl. 23), consequentemente, à indenização por danos morais.

3. Nessas condições, nego provimento à apelação da autora, mantendo, integralmente, a sentença impugnada (fls. 99/102).

Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal pelo advogado do banco réu (fls. 119/130), majoro, com fulcro no art. 85, § 11, do atual CPC, a verba honorária devida a ele pela autora, de 10% para 15% sobre o valor da causa, isto é, sobre R$ 41.128,73 (fl. 7), corrigido pelos índices da tabela prática editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo desde o ajuizamento da ação.

Como a autora é beneficiária da justiça gratuita (fl. 28), as verbas de sucumbência só podem ser exigidas se ficar atestado que ela perdeu a condição legal de necessitada, nos termos do art. 98, § 3º, do atual CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1117051-16.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GRAVELLO CONSULTORIA E GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA. e SÉRGIO AUGUSTO GRAVELLO, são apelados MEGAWORK SOLUÇÕES DIGITAIS RESULTADOS REAIS e CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SIR WINSTON CHURCHILL.

ACORDAM, em 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 35.448)**

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

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Condomínio – Ação de obrigação de fazer

– Ilegitimidade ativa dos locatários para o ajuizamento de ação contra condomínio e unidade condominial pretendendo a cessação do uso de área comum e aplicação de multa por infração condominial, pois tal legitimidade toca aos condôminos, representados pelo síndico, com quem não se confundem – Não ficou comprovada a perturbação do sossego dos autores pela instalação dos aparelhos de ar-condicionado pela corré, de cujo ônus da prova eles não se desincumbiram – Recurso não provido.

VOTO

Insurgem-se os autores, em ação de obrigação de fazer, contra a r. sentença de fls. 365/368, integrada pela r. decisão de fl. 382, que julgou o pedido improcedente, condenando-os ao pagamento das custas e despesas processuais e ao de honorários sucumbenciais fixados a cada um dos réus em R$3.000,00.

Os apelantes sustentam (fls. 385/397) que: a) o aparelho de ar-condicionado de "grande porte" instalado pela ré Megawork na área comum do condomínio, a "coluna do prédio", é irregular, pois não observa o previsto no Capítulo V, cláusula oitava, item "i", da Convenção Condominial, que proíbe qualquer instalação e objeto em área comum do edifício; b) não houve autorização nem anuência tácita do condomínio à instalação, como confessado na defesa (fl. 388); c) além da regra condominial, a proibição decorre da norma do art. 19 da Lei nº 4.591/1964 e do art. 1.342 do Código Civil; d) embora impeça conhecer o "barulho", a ausência da realização da perícia judicial não afasta a ilegalidade da incontroversa instalação do ar-condicionado em área comum, o que basta para julgar procedente o pedido inicial.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 398/399 e 424/425).

Houve resposta (fls. 404/411).

É o relatório.

Narra a inicial que os autores são locatários dos "conjuntos 606-607, do Condomínio-Réu, há quase trinta (30) anos", e que, "estabelecida no Condomínio-Réu" "logo abaixo" – conjuntos 506-507 e 406-407 –, a ré "instalou dois (2) aparelhos de ar condicionado potentes, no 4º e no 5º andar do edifício (fotos anexas), os quais provocam incômodos barulhos, maiores do que a somatória de todo e qualquer barulho existente próximo, perturbando e dificultando a atividade, de todos aqueles que trabalham nos conjuntos 606-607 – advogados, estagiários, secretária, etc – ante o barulho e a sujeira trazida pelo motor do ar condicionado, que solta todo o ar quente e sujo para cima, entrando na janela do escritório do Autor." (fl. 2).

Acesso ao Sumário

Sustenta que, "além de potentes e de dimensões destoantes dos demais aparelhos de ar condicionado instalados nas outras unidades do Condomínio, a Ré resolveu instala-los na área comum do edifício, representada pelas colunas do prédio e parede externa, com a passividade do Réu-Condomínio, que mesmo Notificado ignora a instalação." (fl. 3)

Afirma que não houve autorização do condomínio para instalação dos ar-condicionados, que infringe a convenção condominial e lei pertinente, pois perturba o sossego e altera a fachada do edifício.

Afirma, também, que, embora notificado, "o Condomínio omitiu-se de seus deveres de manter a boa ordem no edifício, notificando, advertindo e multando quem utilizar o prédio com infração à lei e a convenção, conforme determina o art. 10 da Lei 4.591/64, já que não tomou qualquer providência para cessar o barulho dos aparelhos de ar-condicionado, logo, para cessar o uso irregular do prédio, razão pela qual também é Réu no presente feito." (fl. 4)

Nesse cenário, com fundamento nas regras da lei nº 4.951/196, do Código Civil e da convenção condominial, foram formulados os pedidos de: a) confirmação da tutela antecipada, para "obrigar a empresa Ré e o Condomínio Réu na obrigação de não fazer consistente no não uso dos aparelhos de ar-condicionado irregularmente instalados desde suas intimação, sob pena de aplicação de astreinte"; b) condenação do "condomínio Réu na obrigação de fazer de mandar desmanchar a instalação irregular dos aparelhos de ar-condicionado, às custas da empresa Ré, sob pena de multa diária a ser fixada por Vossa Excelência"; c) condenação da "empresa Ré na obrigação de fazer consistente na retirada do ar condicionado das colunas do Condomínio-Réu, por ser área comum, sendo proibida a sua instalação e a perturbação do Autor em seu trabalho", e "ao pagamento de multa prevista na convenção, sem prejuízo do desfazimento e da retirada dos aparelhos de ar condicionado instalados na área comum do prédio". (sic, fl. 15)

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 65/66).

O condomínio réu apresentou contestação (fls. 86/100), aduzindo, em síntese, sua ilegitimidade e a falta de interesse de agir e de legitimidade dos autores. Aduziu, no mérito, que "a instalação de aparelhos de ar condicionado na parede externa se tornou prática comum, difusa, aceita e aprovada tacitamente pelos condôminos", o que, apesar da ausência de previsão na convenção e de autorização expressa do condomínio, foi mantida em razão da falta de reclamação dos outros condôminos, que admitiram a situação de forma tácita. Aduziu, ainda, que as instalações precedem orientação do condomínio para que aparelhos novos fossem instalados "no espaço projetado para o ar tipo janela" e que a aplicação de sanção a um condômino geraria divergência entre o condomínio e outros condôminos, considerando a quantidade de aparelhos instalados, sem oposição. Defendeu que as instalações feitas pela corré não causam prejuízo à fachada condomínio, com 25 andares e 625 salas comerciais, pois não se diferem daquelas realizadas "por outros conjuntos" (fl. 94), e que os autores ajuizaram a ação

Acesso ao Sumário

por não aceitaram o barulho dos aparelhos, deixando de demonstrar o dispositivo da convenção violado, o prejuízo causado e a alteração da fachada.

Na contestação (fls. 128/139), a ré Megawork defendeu a incompetência do Juízo e, no mérito, que não há irregularidade nem abusividade na instalação dos aparelhos de ar-condicionado, o que ocorreu há mais de cinco anos, no ano de 2013, sem oposição dos autores até hoje, embora já ocupassem os conjuntos atuais. Sustenta que a instalação dos aparelhos observou a de outros já instalados no condomínio, que realiza manutenção periódica e que não praticou infração condominial.

Veio réplica (fls. 194/215), insistindo nos termos da inicial e afirmando que, em razão da confissão dos réus, ficou incontroversa a irregularidade na instalação.

Foi deferida a prova pericial requerida pelos autores, com redução dos honorários periciais (fls. 265/267 e 293/294), mas eles apresentaram petição de dispensa da produção da referida prova, sustentando que a controvérsia sobre a regularidade da instalação dos aparelhos de ar-condicionado decorre do exame de norma legal e de regra da convenção do condomínio, de modo que independe do exame de perito, o que prejudica a questão referente ao barulho produzido (fls. 288/292 e 296/297).

Tal pedido foi indeferido pela decisão de fl. 298, contra a qual foi interposto o agravo de instrumento nº 2181708-51.2020.8.26.0000, não conhecido por acórdão desta C. 29ª Câmara (fls. 320/324).

Foi reconhecida a preclusão do direito de produção da prova pericial (fl. 339).

Vieram alegações finais da corré e dos autores (fls. 3342/344 e 345/364).

Sobreveio a r. sentença de fls. 365/368, integrada pela r. decisão de fl. 382, que foi assim fundamentada: "A inicial está fundada em duas principais alegações: a violação da fachada do prédio pela instalação do aparelho de ar condicionado pela requerida; e, violação do direito de vizinhança pela poluição provocada pelo equipamento. Com relação à primeira questão, em sua contestação, o condomínio afirma que a instalação dos aparelhos é permitida e que não existe vedação no regulamento ou na convenção impeditivas à utilização dos equipamentos. Também afirmou que os aparelhos instalados não afetam a fachada do prédio, havendo vários outros instalados nas diversas unidades que compõem o condomínio sem que houvesse qualquer questionamento relacionado a essa alteração. Incumbe ao condomínio, por meio de sua assembleia geral, estabelecer quais são as restrições a obras e modificações no prédio e, no caso concreto verificou-se que, não apenas inexiste a vedação, como há tolerância da massa condominial acerca da utilização de aparelhos dessa natureza. A segunda questão estava na alegada poluição sonora e ambiental provocada pelos aparelhos do modo como instalados pela requerida. Ocorre que a apuração desse fato exigia a realização de prova técnica, que foi deferida no saneador e que ficou a cargo dos requerentes. Incumbia aos requerentes o ônus de

Acesso ao Sumário

demonstrar que havia violação do direito de vizinhança pela instalação dos equipamentos, com a comprovação de que de fato importam em afetação à segurança, saúde ou sossego dos autores. Porém, desse ônus os autores não se desincumbiram, de modo que a improcedência da ação, também sob esse aspecto, é impositiva."

Pois bem.

Os autores, pessoa jurídica e pessoa física, são, respectivamente, locatários das salas 606 e 607 do condomínio réu (fls. 17/26 e 27/32), o que eles confirmam na inicial (fl. 6).

Apesar da posse direta sobre unidade condominial e dos direitos a ela inerentes, os autores não têm propriedade sobre os imóveis que locam e, portanto, não são condôminos, tal como se extrai das previsões do Código Civil referentes a condomínio edilício, que, por mais de uma vez, distinguem condômino e possuidor artigos – 1334, IV, 1337, *caput* e parágrafo único, e 1338.

A falta da apontada condição de condômino não impede os locatários, possuidores, ao exercício dos direitos decorrentes da posse, gerados pela relação locatícia, o que compreende alguns direitos dos condôminos, mas não todos.

Nesse sentido, é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"Apelação Locação não residencial Ação de exigir contas Justiça gratuita Concessão Propositura da ação contra o condomínio Relação jurídica que se estabelece entre locadora e locatária, não incluindo o condomínio Eventual comprovação da previsão orçamentária e da realização das despesas que deve ser feita pela locadora. O síndico administra com vistas ao interesse da comunidade condominial, sendo investido nas suas funções pela assembleia. Assim, à mesma assembleia que elege o síndico compete analisar e aprovar o orçamento e a prestação de contas elaborados pelo síndico, nos termos do que determinam as normas previstas nos artigos 1.348, VI e VIII, e 1.350 do Código Civil. Desta maneira, deduzido o pedido contra o condomínio e não contra o síndico, sem demonstrar que as contas não foram prestadas à assembleia ou que, tendo sido prestadas, houve a invalidação da assembleia, já existiria fundamento suficiente para a rejeição do pedido formulado pela autora. Mas não é só. O contrato de locação foi pactuado entre a autora e a locadora, vinculando-as e atribuindo-lhes direitos e obrigações recíprocos, conforme disposto no contrato de locação. Conquanto o locatário assuma a posse direta do imóvel locado, o contrato de locação não lhe atribui a possibilidade de exercer, em relação ao condomínio, todos os direitos que são titularizados pelo condômino. Assim, não tem o locatário o direito de exigir contas do condomínio, pois não há entre eles relação jurídica da qual decorra esse direito. Note-se que as normas expostas no artigo 22, incisos VI e IX, da Lei de Locação tratam do dever do locador de fornecer recibo discriminado e exibir os comprovantes das importâncias exigidas do locatário e/ou por este pagas. É uma obrigação do locador e não do condomínio, à qual corresponde um direito do locatário. E o locatário só pode exercer esse direito do sujeito passivo da obrigação, o locador. Apelação desprovida, concedida a gratuidade judiciária partir da interposição da apelação." – grifei – Apelação nº 1028218-80.2021.8.26.0100,

Acesso ao Sumário

30ª Câmara de Direito Privado, rel. Desembargador Lino Machado, j. 6.4.2022.

"CONDOMÍNIO EDILÍCIO. Ilegitimidade ativa. Reconhecimento de rigor. Autores que não são proprietários da unidade autônoma imobiliária. Ação declaratória de nulidade de cláusula do regulamento interno que proibiu locações de curta duração. Restrição ao direito de propriedade. Matéria que deve ser versada na convenção do condomínio. Ocupação do imóvel por pessoas distintas, em espaços curtos de tempo, que não descaracteriza a destinação residencial do condomínio. Precedentes. Recurso provido em parte." – Apelação nº 1060720-14.2017.8.26.0100, 36ª Câmara de Direito Privado, rel. Desembargados Milton Carvalho, j. 19.3.2019

"CONDOMÍNIO – COBRANÇA – LOCATÁRIO DE UNIDADE AUTÔNOMA (LOJAS) – ILEGITIMIDADE DE PARTE – O direito de discutir isenção no pagamento de algumas taxas que envolvem unidade autônoma (lojas), pertine unicamente ao condômino, ante a inexistência de relação jurídica do locatário em face do condomínio." Apelação nº 870095-0/6, 11ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil, rel. Desembagador Clovis Castelo.

Neste caso, a discussão sobre a adequação da instalação de aparelho de ar-condicionado na fachada do prédio – área comum – e a aplicação de multa por infração de condomínio não reflete óbice à posse dos locatários sobre unidade que locam, mas sim interesse dos condôminos, cuja coletividade, o condomínio, é administrada pelo síndico, condômino ou não, a quem cabe "cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembléia" e "diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores" (art. 1348, IV e V, do Código Civil), bem como a aplicação e a cobrança de multa por "violação dos deveres estipulados na Convenção" (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 4591/1964).

A conclusão de que alguns dos temas discutidos nos autos tocam apenas aos condôminos é reforçada pelas hipóteses previstas para omissão do síndico nas apontadas obrigações.

É que, se "não administrar convenientemente o condomínio", ele poderá ser destituído em assembleia convocada para o fim do § 2º do art. 1348 do mesmo Código, cujo direito de votação cabe aos condôminos (art. 1335, III, do Código Civil).

Conforme, ainda, o parágrafo único do art. 21 da lei nº 4591/1964, a "iniciativa do processo e a cobrança da multa, por via executiva, em benefício do condomínio, e, em caso de omitir-se êle, a qualquer condômino".

Dessa forma, os locatários não têm legitimidade para ação fundada em descumprimento de regra legal e convencional sobre uso da fachada e aplicação de multa condominial, o que, repete-se, não sugere obstáculo à posse deles.

Se não bastasse a falta de legitimidade ora reconhecida, a r. sentença concluiu, de forma acertada, que ficou demonstrada a tolerância da "massa condominial" quanto à instalação dos apontados aparelhos pelas unidades, como

Acesso ao Sumário

afirmado nas defesas e comprovado com fotografias (fls. 126/127, 132/135 e 180/183), a refletir na vontade dos condôminos, cuja propriedade sobre a área comum os legitima a discutir sua destinação.

Por sua vez, os autores têm legitimidade para ação fundamentada no direito de vizinhança (art. 1277 do Código Civil), como também se deu, afirmando que os aparelhos de ar-condicionado instalados pela corré causam perturbação ao sossego dos autores.

Embora não tenha sido objeto do apelo, a impedir sua discussão, cumpre reconhecer que, apesar da afirmação na inicial, os autores não se desincumbiram do ônus da prova da perturbação do sossego (art. 373, I, do Código de Processo Civil), sobretudo porque não foi produzida prova pericial, como lhes foi facultado e o que se revelava imprescindível para demonstração da existência de barulho e sujeira supostamente produzidos pelos aparelhos, tal como, mais uma vez, a r. sentença entendeu de forma acertada.

Em suma, reconheço, de ofício, a parcial ilegitimidade dos autores para a ação, pelo que reformo em parte a r. sentença, mantendo-a nos demais termos, o que não altera a integral sucumbência dos autores.

Considerando o previsto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, elevo os honorários de sucumbência a R$4.000,00 para cada um dos réus.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001343-83.2020.8.26.0108, da Comarca de Cajamar, em que é apelante MARCELO VIEIRA DOS SANTOS, é apelado MATSU CONSTRUÇÕES METÁLICAS LTDA.

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 52.095)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

SALLES ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Demanda ajuizada em face da ex-empregadora do autor – Danos que, segundo a inicial, decorrem de repasse, pela ré, de informes equivocados à Receita Federal, com relação ao autor (e a consequente inclusão deste na 'malha fina') – Improcedência decretada – Inconformismo – Acolhimento – Conduta negligente da demandada que causou dano ao requerente (aliada a inércia daquela em proceder a regularização perante o ente federal) – Hipótese que extrapolou mero aborrecimento – Precedentes – Quantum indenizatório – Cabível sua fixação em R$ 15.000,00 (sendo elevada a estimativa do apelante) – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença proferida em autos de Ação de Indenização por Danos Morais, julgada improcedente, impondo ao autor o pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Apela o vencido (fls. 145/151). De início, pleiteia a concessão da assistência judiciária. No tocante à pretensão recursal propriamente dita, pugna pela necessidade de reforma da r. sentença recorrida, sob o argumento de que, em virtude da conduta da ré, passou à condição de 'sonegador de impostos', o que não corresponde à realidade, tendo ainda sido cobrados por valores que efetivamente não devia. Assevera que a situação foi extremamente constrangedora e causou sofrimento que traduz como dor moral indenizável. Citou jurisprudência. Em vista disso, aguarda o provimento recursal, julgando-se a ação procedente.

Contrarrazões às fls. 164 e seguintes.

Lançado o despacho de fls. 174, desta Relatoria, sobreveio a manifestação de fls. 177, acompanhada da prova documental de fls. 178/229.

É o relatório.

De início, recebo o apelo interposto, no duplo efeito, passando ao seu julgamento, conforme autoriza o inciso II do artigo 1.011 do CPC.

Fica, ainda, deferida a assistência judiciária ao apelante, à luz da prova documental de fls. 178 e seguintes, indicativa de que aufere renda líquida aproximada de R$ 1.800,00 e, portanto, compatível com a hipossuficiência alegada. Presentes, portanto, os requisitos do artigo 98 do CPC.

O recurso comporta parcial provimento.

Acesso ao Sumário

Extrai-se dos autos que o autor ajuizou ação de indenização por danos morais decorrentes, segundo sustenta, de conduta negligente imputada à ré, sua ex-empregadora, ao declarar erroneamente, valores recebidos pelo primeiro perante a Receita Federal, referente ao exercício de 2014, pelo valor de R$ 52.512,03 e a consequente inclusão deste na 'malha fina', o que teria ocasionado constrangimento e, bem assim, dano moral passível de indenização.

Dando solução aos requerimentos deduzidos na petição inicial, a r. sentença recorrida acabou por decretar a improcedência dos mesmos, afastando a responsabilidade imputada à ré.

Entretanto, respeitado o entendimento do d. Magistrado *a quo*, reputo presente o nexo causal a amparar a indenização postulada (embora em valor inferior àquele sugerido pelo demandante).

Com efeito, incontroversa a negligência da demandada, então empregadora do apelante, ao declarar perante o fisco que aquele havia percebido valor superior a R$ 52.000,00 no exercício de 2014 – o que não corresponde à verdade e levou à inscrição do nome deste último na chamada 'malha fina'.

Ainda que não tenha o demandado sido cobrado judicialmente, a evidência, tem-se que a situação extrapolou mero aborrecimento, especialmente diante da inércia da apelada em proceder à devida regularização perante o ente federal.

Decidindo casos bastante similares, destacam-se os seguintes precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PROCEDENTE – BANCO QUE INFORMOU À RECEITA FEDERAL VALOR EQUIVOCADO COMO RENDIMENTO TRIBUTÁVEL OBTIDO PELA AUTORA NO ANO CALENDÁRIO 2014, O QUE ENSEJOU A SUA INCLUSÃO NA MALHA FINA – DANO MORAL CARACTERIZADO – QUANTUM REDUZIDO – APELAÇÃO DA AUTORA NÃO PROVIDA – APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA (TJSP; Apelação Cível 1055025-11.2019.8.26.0100; Relator (a): Luiz Eurico; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2021; Data de Registro: 09/08/2021)."

"OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DANOS MORAIS. Sentença que julgara procedentes os pedidos cominatório e indenizatório. Ausência de recurso específico dos réus e de temática de ordem pública. Coisa julgada formal e material (arts. 505 e 1.013, caput, do CPC). DANOS MORAIS. Repasses equivocados de informações de rendimentos de ex-empregado para a Receita Federal. Informações errôneas que acarretaram a inclusão do autor na malha fina daquele órgão. Quantum indenizatório arbitrado de forma adequada e proporcional. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1022342-13.2017.8.26.0577; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª

Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/06/2020; Data de Registro: 16/06/2020)."

"APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Indenização por danos morais. Responsabilidade civil. Sentença de Improcedência. Inconformismo. Acolhimento parcial. Repasse equivocado de informação de rendimentos de ex-funcionária para a Receita Federal. Equívoco que ocasionou enquadramento legal por omissão de rendimentos com a imposição de multa. Danos morais configurados. Constrangimento não se limitou a mero aborrecimento do cotidiano. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para condenar a Ré ao pagamento de indenização a título de danos morais em favor da Requerente no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem como a condenar ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. (TJSP; Apelação Cível 1019906-23.2017.8.26.0564; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/03/2020; Data de Registro: 31/03/2020)."

Com relação ao *quantum* indenizatório, é bem verdade que não existe um critério determinado para seu arbitramento. A fixação fica ao livre arbítrio do julgador que deve observar a particularidade do caso que lhe é apresentado a decidir.

Deve-se balizar sempre pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando ao mesmo tempo compensar a dor sofrida e desestimular o causador do dano a reiterar o ato praticado.

De outra parte, não deve gerar o enriquecimento ou empobrecimento de quaisquer das partes; nem daquela que busca a reparação, nem da que causou o dano.

Convém transcrever trecho da Apelação Cível n. 218.449-1, que teve como relator o eminente Desembargador Antonio Manssur, ao comentar sobre o assunto:

"É sabido, à saciedade, que a indenização, em casos como o retratado nestes autos, deve situar-se, o mais possível dentro da razoabilidade e da realidade, evitando-se, ainda, que a vítima de dano moral venha a enriquecer-se por conta do mesmo; não é esta, à toda evidência, a intenção da lei; o dano moral não pode e não deve ser causa de enriquecimento do ofendido; a indenização, em pese ao arbítrio do Magistrado, deve ser fixada em montante compatível, considerados o grau de culpa, a posição do ofendido na sociedade e a capacidade econômico-financeira do causador do dano."

Ainda acerca desse mesmo tema, RICARDO FIÚZA, na Obra CÓDIGO CIVIL COMENTADO, 6ª Edição, Editora Saraiva, às págs. 913, observa que:

"O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à

proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em 'montante que represente advertência ao lesante è a sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo' (cf. Carlos Alberto Bittar, Reparação civil por danos morais, cit. P. 247 e 233; v. também, Yussef Said Cahali, Dano moral, cit. P. 33-42; Rui Stocco, Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 4ª ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 762; e Antonio Jeová Santos, Dano moral indenizável, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 159-65, v. acórdãos em JTJ, 199/59; RT, 742/320."

Feitas tais considerações, tenho como adequado o arbitramento em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção da data do arbitramento e juros moratórios desde o evento danoso (qual seja, a data do envio da declaração feita pela apelada – Súmula 54 do STJ), sendo, de outra parte, elevada a estimativa feita pelo apelante.

Em vista disso, o recurso é provido em parte para julgar a ação procedente, condenando a ré a indenizar o autor na forma do parágrafo anterior, arcando ainda com as custas, despesas processuais e verba honorária, ora arbitrada em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003119-89.2020.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MARIA JOSÉ DA SILVA (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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.987)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e LAERTE MARRONE.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

AFONSO BRÁZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Empréstimo consignado não reconhecido pela requerente. Sentença que reconheceu a inexistência de negócio jurídico entre as partes, determinou o cancelamento do cartão de crédito a ele vinculado, que o réu se abstenha de efetuar novas cobranças oriundas do contrato inexistente e condenou a instituição financeira ao pagamento de indenização por dano moral. Ausência de recurso do réu.

DANO MORAL. Dano moral caracterizado diante das peculiaridades do caso concreto. "Quantum" indenizatório originalmente fixado em R$5.000,00, que comporta majoração para R$10.000,00.

HONORÁRIOS RECURSAIS. Observância à orientação do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente é cabível a majoração dos honorários nos casos de não conhecimento ou desprovimento do recurso. Descabimento de fixação de honorários recursais na forma do artigo 85, § 11 do CPC no presente caso.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 288/291, de relatório adotado, julgou procedente os pedidos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por dano moral movida por MARIA JOSÉ DA SILVA em face de BANCO PAN S/A para declarar *"inexistente o contrato de cartão mencionado na petição inicial e no extrato de fls. 27/28, assim como declaro inexistentes quaisquer débitos dele decorrentes, ficando definitivamente cancelado o cartão de crédito vinculado (...) devendo ainda o referido Réu (...) abster-se doravante de novas cobranças contra a Requerente sobre o aludido contrato (a partir da presente sentença), tudo sob pena de multa diária de R$-1.000,00 sobre cada cobrança ou boleto emitido contra a Requerente (...) condeno o Banco-réu a pagar indenização por danos morais in re ipsa para a Requerente no valor de R$-5.000,00, agora com juros a partir da citação e correção monetária a partir da presente sentença"*. Diante da sucumbência, condenou o réu ao pagamento das despesas processuais, além dos honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação.

Apela a autora (fls. 296/308), que pretende a majoração da indenização

Acesso ao Sumário

por dano moral. Sustenta a ilicitude dos descontos junto a benefício previdenciário, oriundos de contrato celebrado mediante fraude. Além disso, postula a majoração dos honorários advocatícios pelo trabalho adicional, nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil. Requer a reforma da sentença.

Recurso regularmente processado, com apresentação das contrarrazões às fls. 312/322.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

A r. sentença declarou a inexistência de negócio jurídico referente ao contrato de empréstimo consignado 0229733489457 (extrato INSS – fls. 27/28), determinou o cancelamento do cartão de crédito a ele vinculado, que o réu se abstenha de efetuar novas cobranças oriundas do contrato inexistente e condenou a instituição financeira ao pagamento de indenização por dano moral. O requerido não recorreu.

No pleito recursal, a autora pretende exclusivamente a majoração do *quantum* indenizatório por dano moral, além da fixação de honorários recursais.

No tocante à indenização por dano moral, a r. sentença comporta reparo.

Não se discute que a quantificação da indenização por dano moral, dada a inexistência de critérios fixos e determinados, é invariavelmente uma tarefa bastante delicada, que reclama sempre o prudente arbítrio do julgador e não pode perder de vista que, se de um lado a reparação dos danos deve ter um caráter pedagógico, tendente a desestimular a prática de outros ilícitos similares, a fixação da verba indenizatória deve ser condizente com as peculiaridades do caso em concreto, de modo a evitar o enriquecimento sem causa da suposta vítima. Deve sempre observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como as circunstâncias peculiares do caso posto em análise.

Tendo por base os parâmetros acima e as particularidades do presente caso, forçoso admitir que a quantia estabelecida pelo digno Julgador sentenciante (R$5.000,00), além de estar aquém dos valores normalmente adotados por este E. Tribunal em situações semelhantes, realmente não conseguirá atender aos objetivos do instituto do dano moral.

Em primeiro lugar, referida quantia mostra-se insuficiente para garantir uma satisfatória compensação para o sofrimento moral experimentado pela autora, que recebia, à época dos fatos, benefício previdenciário no importe de R$3.012,66 (extrato bancário e do INSS, fls. 27/29) e foi supreendida com descontos indevidos junto ao benefício percebido, relativos a cartão de crédito consignado que não contratou, sendo manifesto o dano moral experimentado pela recorrente por situação de angústia, intranquilidade e abalo psicológico, diante da privação parcial de seu benefício previdenciário e a possibilidade de não poder honrar com os compromissos financeiros assumidos, o que certamente não

Acesso ao Sumário

se enquadra nos meros percalços do cotidiano.

Em segundo lugar, não se pode fechar os olhos para o fato de que o *quantum* fixado em 1º Grau também não terá o condão de constituir efetiva punição para a conduta do apelado nem força para inibi-lo na reiteração do ato.

Assim, considerando as peculiaridades do caso concreto e ainda de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que o valor fixado pelo D. Magistrado sentenciante não se mostrou adequado para compensar o abalo sofrido, devendo ser majorado para R$10.000,00 (dez mil reais), quantia esta que se encontra em conformidade com os valores fixados de ordinário por esta Turma julgadora.

O valor indenizatório deve ser corrigido monetariamente desde a publicação desta decisão, nos termos da Súmula 362 STJ: *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento"*. Os juros de mora devem incidir desde o evento danoso (primeiro desconto indevido), nos termos da Súmula 54/STJ.

Em relação à majoração dos honorários, sem razão a apelante.

A aplicação do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil tem como pressuposto o não conhecimento integral ou o desprovimento do recurso, não se aplicando nos casos em que o recurso é provido ou parcialmente provido.

Isso se justifica pelo caráter punitivo da norma, que visa desestimular a interposição de recurso protelatório pela parte vencida. Vale dizer, a finalidade da norma consiste na tentativa de impedir recursos infundados, não se justificando, portanto, o cabimento dos honorários recursais nos casos de provimento ou parcial provimento do apelo.

Confira-se o entendimento do C. STJ:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS DE SUCUMBÊNCIA NO CASO DE PROVIMENTO DO RECURSO. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **Não cabem honorários recursais de sucumbência em caso de provimento do recurso.** 2. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 3. Agravo interno desprovido". (AgInt no Resp 1745134/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2018, DJe 22/11/2018) – destaquei.

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC CONFIGURADA. OBSCURIDADE RECONHECIDA E SANADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO INDEVIDA. EMBARGOS ACOLHIDOS 1. No caso, verifica-se erro material quanto a majoração dos honorários recursais na forma do art. 85 do CPC/2015. 2. **Não assiste razão ao embargante na sua pretensão**

Acesso ao Sumário

de majoração dos honorários com base no art. 85, §11 do CPC/2015, pois esta somente é devida quando estiverem presente 3 (três) requisitos cumulativos: 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. (...) 4. Com isso, é afastada a aplicação do art. 85, § 11 do CPC/2015, visto que deixa de haver o preenchimento cumulativo dos 3 requisitos previstos jurisprudencialmente para sua aplicação, uma vez que não houve o não conhecimento integral do recurso especial interposto, nem a majoração dos honorários pelo Tribunal a quo. 5. Embargos de declaração acolhidos". (EDcl no REsp 1756240/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019) – destaquei.

Sendo assim, deve ser mantida a verba honorária fixada na sentença, de 20% sobre o valor da condenação (percentual máximo previsto em lei).

Nesse contexto, deve a r. sentença ser reformada, somente para majorar o valor da indenização por dano moral para R$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária a partir da data de publicação desta decisão e juros de mora desde o evento danoso.

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038780-51.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LEITE DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL E PESSOAL LTDA (HUMAN TOUCH), LEONARDO CAMILO CURIONI, ALINE CARLA DE OLIVEIRA e KARLA CAROLINA SOUZA LEITE, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso da corré Aline e negaram provimento aos recursos dos corréus Leonardo e Karla. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Fani Angelina de Lima – OAB/SP 315.565", de

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.736)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CÉSAR PEIXOTO (Presidente) e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação pauliana. Fraude contra credores. Sentença de procedência. Preliminar. Justiça gratuita e deserção. Indeferimento dos pedidos de concessão dos benefícios da justiça gratuita aos corréus Leonardo e Aline. Corréu que regularizou o preparo recursal. Corré intimada a regularizar o preparo do recurso de apelação interposto, não o fez. Deserção caracterizada.

Preliminar. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Prova documental produzida suficiente para o deslinde da questão em debate.

Preliminar. Falta de interesse de agir. Pretensão do autor baseada na legislação em vigor (art. 158 do CC. Não quitado o débito pelo devedor principal, é cabível sua cobrança dos garantidores. Interesse de agir configurado. O restante é mérito.

Mérito. Existência de crédito vultoso em favor do autor. Evidente o intuito do corréu de fraudar credores, transferindo suas quotas sociais para as corrés logo após a celebração das cédulas de crédito bancário e dos contratos de prestação de garantia internacional em que figurou como avalista/garantidor. Fraude contra credores comprovada. Presunção de conluio, não havendo que se falar em boa fé.

Sentença mantida, inclusive na parte que determinou a anulação da cessão de quotas sociais da sociedade Leite & Oliveira Coach e Bem Estar Ltda. do corréu para as corrés.

Honorários recursais. Aplicação do artigo 85, § 11 do CPC. Impossibilidade. Verba honorária que já alcançou seu limite.

Resultado. Recurso de apelação interposto pela corré Aline não conhecido, por deserção e não providos os

Acesso ao Sumário

recursos de apelação interpostos pelos corréus Leonardo e Karla.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação pauliana movida sob alegação de fraude contra credores, em virtude de transferência de quotas societárias pelo corréu Leonardo para as duas corrés da ação, Karla e Aline.

Os pedidos foram julgados procedentes para reconhecer a fraude contra credores e, em consequência, anular a cessão de quotas sociais da sociedade Leite & Oliveira Coach e Bem Estar Ltda. do corréu Leonardo às corrés Karla e Aline, que foi objeto da alteração de contrato social levada a efeito em maio de 2020. Os réus foram condenados a arcar com os ônus da sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios em 20% do valor da causa.

O réu Leonardo apresentou recurso de apelação, arguindo que o autor não apresentou nenhum documento que comprove a suposta ilegalidade da cessão das quotas da empresa *"Leite & Leite"*. Sustenta que não estão presentes os elementos necessários para a ação pauliana. Insiste que não tinha como prever os fatos mundiais que se sucederam no início do ano de 2020, que levaram ao pedido de Recuperação Judicial da empresa Sices, e por consequência implicaram no inadimplemento dos contratos firmados do autor junto à empresa Sices.

Afirma que no momento da cessão não estava insolvente. Alega que apesar de subscrever 50.000 quotas da sociedade, os ativos em questão nunca passaram para sua titularidade, ante a ausência de integralização do capital social em destaque, razão pela qual, de comum acordo, Karla e Aline optaram, em atenção ao *affectio societatis* integralizar o saldo que estava em aberto, ficando na posição de titulares das quotas originalmente atribuídas a ele. Argumenta que o autor levantou questões estranhas à presente demanda. Requer o julgamento de improcedência da ação e a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A corré Karla também interpôs recurso de apelação, alegando, de início, cerceamento de defesa e falta de interesse de agir, alegando que o crédito do Itaú foi arrolado na recuperação judicial da Sices, esvaziando o mérito da demanda.

No mérito, afirma que não há insolvência do devedor-coavalista (Leonardo) e que não ocorreu fraude, pois a cessão foi inequivocadamente onerosa, já que o valor foi integralizado por Karla para a própria Sociedade. Sustenta que Leonardo nunca integralizou o capital social subscrito, tornando-se sócio remisso. Insiste na ausência de anterioridade do crédito. Busca a redução dos honorários sucumbenciais para o patamar de 10% do valor da causa.

Acesso ao Sumário

Alternativamente pleiteia que, caso seja mantida a r. sentença, deverá ficar consignado que o efeito é de apenas tornar a cessão de quotas ineficaz episodicamente face ao autor, não colocando o réu Leonardo de volta ao quadro societário da Sociedade. Pleiteia, ainda, que o reconhecimento de 'fraude' deve se limitar a 1/3 do capital social, referente à participação outrora subscrita por Leonardo.

A corré Aline interpôs recurso de apelação, pleiteando, inicialmente, os benefícios da justiça gratuita. No mérito, alega que é terceiro de boa fé e que estão ausentes os requisitos para reconhecimento da fraude contra credores. Insiste que não foi comprovada a insolvência do devedor ao tempo do negócio, bem como a privação da satisfação do crédito do autor. Visa a reforma da r. sentença para julgar improcedente a ação com inversão do ônus da sucumbência por não ter existido conluio para fraude ou o resultado de dano.

Os recursos foram devidamente processados, apresentadas contrarrazões. Houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do essencial.

JUSTIÇA GRATUITA E DESERÇÃO

Ante o indeferimento da concessão dos benefícios da justiça gratuita o corréu Leonardo regularizou o preparo recursal às fls. 1176/1777.

Por outro lado, a corré Aline apesar de intimada a regularizar o preparo do recurso de apelação interposto, devido ao indeferimento dos benefícios da justiça gratuita, não o fez (fls. 1178). Portanto, era imprescindível o recolhimento do preparo recursal. Não o fazendo, considera-se que o recurso interposto pela corré Aline é deserto.

Assim sendo, o recurso interposto pela corré Aline não pode ser conhecido, tudo conforme artigo 1.007, § 4º do CPC:

> *Art. 1007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.*
>
> *(...)*
>
> § 4º – O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

Nessas condições, não havendo preparo, o recurso interposto pela corré Aline não poderá ser conhecido, face ao reconhecimento da deserção.

CERCEAMENTO DE DEFESA

O cerceamento de defesa não restou configurado, vez que ao Juiz, como destinatário das provas, cabe decisão sobre a conveniência e necessidade de sua realização. Havendo provas suficientes para formar o convencimento, deve o

Acesso ao Sumário

julgamento ser proferido, aplicando-se a Teoria da Causa Madura. Incidentes à hipótese os preceitos estampados nos artigos 370 e 371 do CPC.

No caso, desnecessária a produção de outras provas, vez que a prova documental produzida é suficiente para a justa solução do litígio e a dilação probatória nada acrescentaria.

FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

A autor afirma a realização de cessão de quotas sociais pelo réu Leonardo as duas corrés Karla e Aline, caracterizando a fraude contra credores por ser o corréu Leonado avalista de empresa contra a qual o autor busca seu crédito.

Desse modo, o autor baseou sua ação no disposto no artigo 158 do Código Civil. Considerando que a dívida não foi quitada pelo devedor principal, é cabível sua cobrança perante os garantidores. Portanto, está presente o interesse de agir, com os requisitos de necessidade e utilidade da tutela jurisdicional pleiteada consistente no reconhecimento da fraude contra credores. O restante é mérito.

Vale realçar:

"O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de 'necessidade' e também numa relação de 'adequação' do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial. Mesmo que esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre 'que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto.' Falta interesse, em tal situação, 'porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção argüida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação." (Humberto Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 25ª edição. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 1998. Pág. 56).

MÉRITO

A r. sentença deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir. O art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal estabelece que:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Consigna-se que a r. sentença bem apreciou a matéria aqui debatida como

Acesso ao Sumário

se evidencia:

"(...) A alegação de falta de interesse de agir não prospera, pois a anulação do negócio é prevista expressamente no artigo 158 do Código Civil.

Observo, inicialmente, que não é objeto da presente ação analisar se o réu Leonardo havia (tal como consta do contrato social) ou não (como alega) integralizado as cotas sociais que detinha na empresa Leite & Oliveira Coach e Bem Estar Ltda. e que foram cedidas às corrés Karla e Aline.

Se havia, ou não, conteúdo patrimonial nessa participação e qual seria o seu valor são questões que deverão ser tratadas em sede apropriada. De toda sorte, é incontroverso que a cessão foi feita de forma gratuita.

O único ponto a analisar nestes autos é se a cessão de quotas gratuita realizada mediante a alteração do contrato social pode ser considerada fraude contra credores.

A data a ser considerada é o momento em que a alteração foi apresentada a registro perante a JUCESP (maio de 2020) e, portanto, gera efeitos em relação a terceiros. Bem por isso não há como adotar o dia 31 de março de 2020 como referência. Incontroverso que a crise de inadimplemento ocorreu em abril de 2020, fica evidente que a cessão foi uma tentativa de afastar dos credores a possibilidade de buscarem esse patrimônio do réu Leonardo.

São bastantes graves as acusações contra o réu Leonardo no bojo da ação de recuperação judicial, conforme se verifica pelos documentos acostados à inicial; verdadeiros ou não esses fatos, é possível concluir que há um ambiente de extrema insegurança em relação ao destino do patrimônio do sócio garantidor das obrigações contraídas pela recuperanda, o que ajuda a explicar a cessão gratuita das cotas.

É importante destacar o caráter gratuito da cessão, o que dispensa conjecturas sobre o ânimo das sócias que receberam as quotas, isto é, as rés Karla e Aline.

Vale dizer, em se tratando de negócio gratuito, para configurar a fraude basta a demonstração da condição de insolvência e da lesão aos interesses dos credores.

Na hipótese dos autos, evidente que, na data da cessão, o réu Leonardo já não tinha condições de arcar com as dívidas da empresa Sices, em que figurou como garantidor, as quais ultrapassavam a casa dos R$ 20.000.000,00.

E os credores, tal como o banco autor, foram privados de buscar a satisfação do seu crédito com o patrimônio que foi graciosamente cedido pelo réu Leonardo às corrés Karla e Aline quando já havia sido deflagrada a

Acesso ao Sumário

crise de inadimplemento dos contratos garantidos.

A valoração dessas quotas, por óbvio, deve ser discutida em ação própria, na qual as partes, sob o contraditório, poderão discutir o seu conteúdo patrimonial. Mas, ao menos para os fins desta ação, a fraude está comprovada (...)".

A tais razões de decidir, acrescente-se que na lição de YUSSEF SAID CAHALI são três os requisitos necessários ao reconhecimento do ato fraudulento, capaz de gerar a nulidade buscada, quais sejam: *1) existência de um crédito; 2) insolvabilidade do devedor ("eventos damni"); 3) elemento subjetivo ("consilium fraudis") (in "Fraudes contra credores", Ed. RT, 1.989).*

Quanto ao primeiro pressuposto, efetivamente existe crédito em favor do autor, ante os diversos contratos juntados nos autos consistentes em Cédulas de Crédito Bancário Empréstimo para Capital de Giro e Contratos de Prestação de Garantia Internacional (fls. 34 e seguintes).

No caso, o inadimplemento restou incontroverso, vez que ensejou a propositura de ação de execução pelo autor (fls. 378).

O segundo requisito, qual seja, a solvabilidade do devedor, deveria ter sido comprovada pelo réu Leonardo, porém seu estado de insolvência não foi afastado com prova capaz de demonstrar que está apto a solver débito que ultrapassa R$23.000.000,00.

Por fim, o terceiro requisito *"consilium fraudis"* também restou evidenciado no caso ante a data da transferência das quotas sociais às corrés Karla e Aline, em 31 de março de 2020 (fls. 394, item II), ou seja, dias após a celebração da primeira cédula de crédito bancário (10/03/2020) e pouco mais de um ano após a realização do contrato de prestação de garantia internacional (12/06/2019) que figura como avalista/garantidor (fls. 34 e seguintes).

Nessas condições, não há como afastar o reconhecimento da fraude contra credores.

Vale realçar:

AÇÃO PAULIANA. Fraude contra credores caracterizada. Anterioridade do crédito que se afere pela época de sua causa. Precedente. Presença de consilium fraudis e eventus damni. Ausência de comprovação de solvência pelo devedor. Ônus que lhe incumbe. – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 0190630-58.2010.8.26.0100; Relator (a): Wilson Lisboa Ribeiro; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 36ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/03/2022; Data de Registro: 25/03/2022).

Assim, a r. sentença fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, inclusive para anular a cessão de quotas sociais da sociedade Leite &

Acesso ao Sumário

Oliveira Coach e Bem Estar Ltda. do corréu Leonardo às corrés Karla e Aline.

HONORÁRIOS RECURSAIS

No mais, nos termos do artigo 85, § 11º, do CPC, tendo em vista o trabalho exercido pelos patronos do autor em grau recursal, os honorários advocatícios deveriam ser majorados, porém a verba honorária já alcançou o seu limite.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016, já na vigência CPC/2015: *"o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida"*.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente Acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, com a redação alterada pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, REJEITAM-SE as preliminares, NÃO SE CONHECE do recurso de apelação interposto pela corré Aline, por deserção e NEGA-SE provimento aos recursos de apelação interpostos pelos corréus Leonardo e Karla.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000412-58.2021.8.26.0589, da Comarca de São Simão, em que é apelante ARIANE SOFIA SOARES DE PAULA RIBEIRO, é apelado WALTER PRETEL ESPINOSA.

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 53.380)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDGARD ROSA (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 30 de novembro de 2022.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA – CHEQUES PRES-

Acesso ao Sumário

CRITOS – SÚMULA Nº 531 DO STJ – DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA DEBENDI – FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DE COBRANÇA NÃO DEMONSTRADO – ÔNUS DA EMBARGANTE – EMBARGOS IMPROCEDENTES – **APELAÇÃO IMPROVIDA.**

VOTO

A sentença julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, do CPC, em relação a Mário Marcos de Paula Ribeiro, condenando o autor no pagamento das despesas e honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa; na sequência rejeitou os embargos e julgou procedente ação monitória fundada em cheques prescritos, condenando a embargante nas custas, despesas processuais e verba honorária de 10% do valor atualizado da condenação.

Apelou a vencida. Alega que os cheques foram emitidos em pagamento de negócio jurídico realizado com Luciano Armbrust, que por sua vez os repassou para o autor. Afirma ter sustado os cheques a pedido de Luciano, e que lhe pagou o valor correspondente, porém, sem recuperar as cártulas, de tudo ciente o apelado, que com Luciano também tinha negócios. Foi surpreendida com a presente ação monitória. Afirma ser imprescindível discutir a causa debendi. Pede reforma e inversão da sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado, respondido.

É o Relatório.

A sentença deu solução adequada ao caso e subsiste por seus próprios fundamentos, que passam a integrar o voto (Regimento Interno, art. 252), por proferida em perfeita harmonia com o conjunto probatório.

A embargante não nega a emissão dos títulos, tampouco demonstrou absolutamente nada, inclusive quanto a qualquer fato modificativo ou extintivo do direito de cobrança, ônus que lhe competia e do qual não se desincumbiu (CPC, art. 373, II). Sem a entrega do título ao devedor, que firmaria presunção de pagamento a teor do art. 324, caput, do Código Civil, não há prova documental hábil de extinção da dívida que está sendo cobrada.

Má-fé não se presume, tampouco foi demonstrada.

Precisos os fundamentos da sentença, resultantes de minucioso exame da prova, da qual extraio:

"...a ré alegou que o cheque foi emitido para pagamento a terceiro, que repassou os cheques ao requerente. Após, afirmou que os cheques foram sustados a pedido do requerente e do terceiro para que o pagamento entre eles fosse

realizado de outro modo. Alega ainda que o requerente possui débito com a ré e que o valor cobrado nestes autos já foi pago.

Ocorre que, no momento em que a parte afirma ter sustado os cheques e realizado o pagamento, cabia ao polo passivo tomar de volta as cártulas, vez que ainda revestidos de seus atributos cambiários, em especial o da cartularidade e autonomia, o que não ocorreu, tanto que o documento se mantém em poder do requerente. Frisa-se que, a partir do narrado pelo polo passivo, a parte possuía total ciência de quem estava na posse dos títulos, porém nenhuma medida foi realizada.

Assim, mantidos os cheques em poder do requerente, ainda que já prescritos neste momento, considerando-se que ausente documento escrito atinente ao pagamento e a negociação do trator e demais tratativas, eventual negócio jurídico preexistente entre as partes, terceiros e débitos entre os mesmos não afasta o débito consubstanciado pelos documentos de f. 12/19.

Soma-se que a prova produzida em audiência não afastou a responsabilidade das rés (art. 373, II do CPC), pois os testemunhos são contraditórios entre si ou insuficientes para demonstrar o alegado pela contestação, pois ora não indicam de quem era a propriedade do trator, ora apontam que o trator era de propriedade do polo ativo e seria entregue pelo terceiro Luciano, porém há também manifestação do terceiro Luciano afirmando que ele mesmo, como proprietário, vendeu o trator diretamente aos réus.

Ademais, a própria testemunha Luciano afirmou que os cheques entregues pelos réus e objeto dos autos foram entregues ao polo ativo e apresentados para pagamento em momento anterior ao alegado pedido de sustação dos cheques, o que reforça a plena regularidade da atual cobrança, pois, do que consta nos autos, nenhuma prova foi produzida de modo a comprovar o efetivo pedido e anuência do requerente com eventual devolução, ou até mesmo o efetivo pagamento ao autor pela quantia representada pelos cheques e, estando os documentos em poder do polo ativo e emitidos pela ré, cabível a condenação".

Ressalte-se que cheque prescrito serve como instrumento de ação monitória, mesmo vencido o prazo de dois anos para a ação de enriquecimento, pois o art. 1.102-a, do CPC/73, que corresponde ao art. 700, do CPC/2015, exige apenas "prova escrita sem eficácia de título executivo", sem qualquer necessidade de demonstração da causa debendi (AgRg no REsp 873.879/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 12.12.07; REsp 365.061/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 20.03.06; REsp 612.539/ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 07.05.07; REsp 402.699/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 16.09.02; REsp 926.312/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 17.10.11.), orientação, de resto, encampada na Súmula nº 531 do STJ.

Em cumprimento ao § 11 do art. 85 do CPC elevo os honorários advocatí-

Acesso ao Sumário

cios fixados na sentença e de responsabilidade da apelante para 15%, observada a mesma base de cálculo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1068332-08.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARIA DE LOURDES ROSA (JUSTIÇA GRATUITA) e WILSON ANTONIO ROSA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado RENATA KARINE ROSA CIPPICIANI.

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 27.670)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

ALEXANDRE MARCONDES, Relator

Ementa: Usucapião constitucional. Sentença de improcedência. Irresignação dos autores. Posse que deve manter o mesmo caráter com que foi adquirida (art. 1.203, CC). Autores que detinham posse sobre o imóvel usucapiendo como herdeiros da proprietária. Necessidade de comprovação inequívoca do "animus domini" durante o exercício dos atos possessórios. Inocorrência. Pagamento das despesas e impostos correspondentes que não constitui comportamento exclusivo do proprietário. Ré, também herdeira, que sempre manifestou oposição à posse exclusiva dos autores e ajuizou ação com pedido de arbitramento de aluguel. Autores que foram obrigados em precedente ação ao pagamento de aluguel pelo uso da coisa comum aos herdeiros. "Animus domini" não configurado. Transmudação da natureza da posse não verificada. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 235/237, de relatório adotado, ***julgou improcedente*** ação declaratória de usucapião especial urbana movida por **Maria de Lourdes Rosa** e **Wilson Antonio Rosa** em face de **Renata Karine Rosa Cippiciani**, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observados os benefícios da justiça gratuita.

Recorrem os autores (fls. 243/250). Afirmam que exercem posse sobre o imóvel desde 1990. Esclarecem que o bem está registrado em nome da mãe dos autores, que faleceu em setembro de 1990. Alegam que nenhum dos demais herdeiros manifestou oposição à posse exercida pelos autores. Apontam que apenas no ano de 2010 a ré iniciou o inventário dos bens deixados pela proprietária. Sustentam que os documentos apresentados na demanda demonstram o lapso temporal de posse exercida [setembro de 1990 a 19 de julho de 2010], de modo que, quando manifestada a oposição, já havia se consumado a usucapião sobre o bem.

Sem contrarrazões.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O imóvel, objeto da presente ação, situado na Rua Boaventura de Souza, 246, nesta Capital, tem como proprietária *Olidania Magalhães Rosa* (fl. 15), que faleceu em 26 de setembro de 1990 (fl. 19).

Alegam os autores, filhos da proprietária, que passaram a exercer posse exclusiva sobre o bem e, por isso, deve ser declarada a usucapião constitucional do bem.

Dispõe o artigo 1.203 do Código Civil que *"Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida"*.

A prova em contrário a que se refere o dispositivo seria necessária para que fosse indicado precisamente o momento no qual teriam os autores deixado de ocupar o bem como meros sucessores da falecida proprietária e passaram a se comportar como efetivos donos, alterando o *animus* durante o exercício dos atos possessórios.

Tal prova, contudo, inexiste.

Isso porque o pagamento das despesas e impostos correspondentes não constitui comportamento exclusivo do proprietário, podendo ser promovido por quem ocupa o imóvel a qualquer título, em especial a título de herdeiros e compossuidores, como no caso.

Acesso ao Sumário

Portanto, restou claro que o *animus domini*, essencial à aquisição da propriedade por usucapião, não restou configurado no caso em tela. Os autores apenas continuaram a ocupar o imóvel como herdeiros da proprietária. Tanto é assim que, em ação de arbitramento de aluguel ajuizada pela ré [autos nº 0031221-52.2010.8.26.0001], na qual ela se opunha à posse exclusiva dos autores, eles mesmo alegaram que a ré também teria residido no imóvel até 2004, quando se casou e deixou de ocupar o imóvel, fato considerado no acórdão proferido pelo D. Desembargador Guilherme Santini Teodoro no julgamento da apelação interposta pelos ora autores na demanda referida:

"Não há nulidade por cerceamento de prova testemunhal. Eventual uso da coisa também pela autora antes do casamento em maio de 2004 (certidão a fls. 67) não obsta pedido de indenização por uso exclusivo posterior não consentido. De outro lado, a oposição ao uso exclusivo antes do ajuizamento da demanda havia de ser demonstrada com documento, não por meio de depoimentos de testemunhas"

Tampouco poderiam os autores pretender que o lapso temporal de cinco anos, previsto no art. 183 do Código Civil, fosse suficiente à declaração da usucapião.

Os autores, como herdeiros e titulares de direitos sobre o próprio imóvel usucapiendo, não podem pretender a declaração de usucapião com fundamento no referido dispositivo legal, que prevê prazo exíguo, insuficiente à verificação da transmudação da natureza da posse, que não se revelou exclusiva no período por eles apontado.

Como esclarecem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

"Mesmo no caso de imóvel objeto de herança, é possível a um dos herdeiros pleitear usucapião, desde que observados os requisitos para a configuração extraordinária previstos no artigo 1238 do Código Civil de 2002 – o prazo de 15 anos cumulado com ***a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição dos demais proprietários ou de terceiros"*** **(Curso de Direito Civil, Vol. 5, Ed. JusPodium, 16ª ed., p. 445/446).**

Requisitos referidos que, cumpre dizer, não se verificaram no caso.

Neste mesmo sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/02). A partir dessa transmissão, cria-se um condomínio pro indiviso *sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio, como mesmo disposto no art. 1.791, parágrafo único, do CC/02. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse*

Acesso ao Sumário

exclusiva com efetivo animus domini *pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão – o outro herdeiro/condômino –, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem"* **(STJ, REsp 1631859/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.05.2018).**

Como visto, há sentença, transitada em julgado, decorrente de ação promovida pela ré (fls. 20/24), que obriga os autores ao pagamento de aluguel pelo uso exclusivo de imóvel comum aos herdeiros de *Olidania Magalhães Rosa*. Este título judicial, com maior razão, afasta a alegada posse com *animus domini*, sem oposição, pelo lapso temporal apontado, e confirma a improcedência da presente ação.

Desprovido o recurso, eleva-se a verba honorária para 15% sobre o valor da causa, ressalvado o benefício da justiça gratuita concedido aos apelantes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024671-32.2021.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEIDER RICARDO DE SOUZA, é apelado GOL LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.283)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. Transporte aéreo doméstico de passageiros. Rio de Janeiro - Navegantes. Atraso no voo do autor. Perda da conexão. Ré que não prestou qualquer tipo de assistência ao passageiro, lhe acomodando em voo que

Acesso ao Sumário

partiu às 06h45min para o destino contratado. Chegada ao destino aproximadamente 9 horas após o horário contratado. Quantum reparatório fixado na origem em R$ 1.000,00. Valor irrisório e insuficiente para reparar o dano moral sofrido pelo Apelante e, também, para cumprir função punitivo-pedagógica. Elevação dos danos morais para R$ 4.000,00, conforme peculiaridades do caso concreto. Sentença reformada para elevar os danos morais.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Leider Ricardo De Souza (fls. 156/162) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível do foro Regional do Jabaquara da Comarca da Capital, Dr. Fabio Fresca (fls. 147/153), que julgou parcialmente procedente a ação de reparação de danos morais ajuizada pelo Apelante em face da companhia aérea Gol Linhas Aéreas S/A e Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A para condená-las ao pagamento de R$ 1.000,00 (mil reais).

Sustenta o Apelante a necessidade de majoração do valor de reparação moral em virtude de falha na prestação de serviço de transporte aéreo, decorrente do atraso e perda da conexão de voo doméstico, o que fez com que o Apelante atrasasse em aproximadamente 9 (nove) horas sua chegada ao destino final. Alega que não recebeu qualquer tipo assistência material da Apelada. Aduz que não trata de mero dissabor do cotidiano. Sustenta que os fatos caracterizam a responsabilidade *in re ipsa* da Apelada. Pretende a reforma da r. sentença.

O recurso é tempestivo.

Contrarrazões às fls. 168/174.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação de reparação de danos morais decorrentes de atraso de voo doméstico e descumprimento do contrato de transporte aéreo firmado entre o Apelante e a companhia aérea Apelada.

Conforme narrado na petição inicial, o Apelante comprou da Apelada passagem aérea do Rio de janeiro a Navegantes com conexão em Guarulhos, com partida e chegada previstas para 20h30min de 18/11/2021 e 23h30min do mesmo dia, respectivamente. Contudo, ao comparecer ao aeroporto, deparou-se com a informação de que o primeiro voo estava atrasado, o que fez com que o voo saísse do Rio de Janeiro com atraso. Em decorrência do atraso, o Apelante

Acesso ao Sumário

não chegou em Guarulhos a tempo para embarcar no voo de conexão, e a Apelada o realocou no voo das 06h45min do dia 01/08/2021, chegando ao destino às 08h do dia 19/11/2021, culminando em atraso de aproximadamente 9 horas.

A condenação a reparação dos danos morais já transitou em julgado, ante a ausência de recurso da companhia aérea Apelada.

Discute-se, portanto, apenas o *quantum* reparatório.

Os danos morais são incontroversos, decorrência do atraso do voo no trecho Rio de Janeiro a Guarulhos, o que fez com que o Apelante perdesse o voo de conexão precisasse ser reacomodado, o que somente foi possível em voo partindo no dia seguinte, gerando um atraso total para chegar ao destino final de aproximadamente 9 horas. Ainda, a Apelada não forneceu qualquer tipo de assistência material ao Apelante, não lhe oferecendo ou providenciando alimentação e/ou hospedagem. Diante da inequívoca falha na prestação de serviço, o valor da condenação deve ser elevado.

Como se constata, o atraso para o cumprimento do contrato de transporte foi de aproximadamente 9 horas, atraso este demasiado e que supera o disciplinado no artigo 21 da Resolução nº 400/2016 ANAC, que prevê um prazo de tolerância de 04 horas de atraso antes que a transportadora seja obrigada a oferecer alternativas ao passageiro.

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

Na espécie, deve-se considerar não só o poder econômico das partes como também – e principalmente – os transtornos, aborrecimentos e constrangimentos decorrentes do atraso do voo são notórios (art. 374, I, do NCPC), na medida em que o voo não só atrasou, fazendo com que o Apelante perdesse sua conexão e precisasse ser reacomodado, como a companhia aérea Apelante não prestou assistência ao passageiro Apelante, como fornecimento de alimentação e hospedagem, por exemplo, deixando, portanto, de prestar o serviço de forma segura, eficiente e adequada, não observando o dever de cuidado pertinente à sua atividade. Soma-se a isso o fato de que o voo no qual o Apelante foi reacomodado partia as 06h45min da manhã, ou seja, de duas uma, ou o Apelante se viu obrigado a pernoitar no aeroporto, ou precisou procurar hospedagem, às suas expensas.

Assim, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, de rigor a majoração do valor da condenação arbitrado em primeiro grau para R$ 4.000,00 (quatro mil reais), suficiente para amenizar os danos morais sofridos pelo Apelante e desestimular a reiteração de condutas análogas por parte da

Acesso ao Sumário

Apelada.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso do Apelante para majorar o valor da condenação arbitrado pela r. sentença para R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, majora-se também a verba honorária de sucumbência fixada em primeiro grau para 15% do valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021032-50.2020.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante G.R.N. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado F.N..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente a doutora Natália de Souza Ribeiro (OAB/MG nº 193.953.)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.175)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente sem voto), GILBERTO CRUZ e J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 29 de novembro de 2022

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de Alimentos – Propositura por filha maior contra o genitor – Sentença de improcedência – Inconformismo da autora, arguindo preliminares de cerceamento de defesa e de falta de fundamentação; alegando, quanto ao mérito que a inexistência de frequência nos estudos se deu por conta da inadimplência do réu com os deveres alimentares, sendo que não houve desídia nos estudos de sua parte, devendo a ação ser julgada procedente para fixação de alimentos em seu favor – Descabimento – Inocorrência de cerceamento defensório – Decisão que está adequadamente fundamentada – Excepcionalidade do dever de manutenção da obrigação alimentar não evidenciada **– Hipótese em que o réu foi exonerado da obrigação alimentar em relação à filha, por sentença**

Acesso ao Sumário

confirmada por acórdão transitado em julgado – Ausência de qualquer fato superveniente apto a ensejar nova fixação de alimentos – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Araçatuba, em Ação de Alimentos proposta por G.R.N. contra F.N., que julgou a ação improcedente. Em razão da sucumbência, foi a autora condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários do advogado fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, observada a gratuidade processual.

Foram opostos embargos de declaração pela autora, que foram rejeitados (cfr. fls. 811).

Apela a autora, arguindo preliminares de cerceamento de defesa e de falta de fundamentação. No mérito, alega, em apertada síntese, que a inexistência de frequência nos estudos se deu por conta da inadimplência do réu com os deveres alimentares, sendo que não houve desídia de sua parte, devendo a ação ser julgada procedente para fixação de alimentos em seu favor.

Recurso tempestivo, isento de preparo e contrarrazoado.

A Procuradoria Geral de Justiça deixou de opinar no feito.

É o breve relatório do necessário.

O recurso não merece provimento, em conformidade com a fundamentação a seguir exposta.

Inicialmente, a preliminar de cerceamento de defesa deve ser afastada.

Isto porque, 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 no caso em tela, em que os autos oferecem elementos idôneos suficientes para gerar convicção probatória, tornando-se, portanto, desnecessária a produção de outras provas desejadas pelo apelante, que em nada contribuiriam para o deslinde da questão.

Com efeito, o Juiz é o destinatário das provas e a ele cabe o exame de sua pertinência, com liberdade de convencimento (artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil), mostrando-se perfeitamente oportuno o julgamento antecipado da lide na hipótese.

Igualmente, rejeito a alegação de ausência de fundamentação da decisão agravada.

Isto porque, o Magistrado indicou suficientemente os motivos que sustentam sua decisão, atendendo aos requisitos essenciais previstos no nos termos

Acesso ao Sumário

do artigo 489, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, não sendo passível de anulação.

Ora, não é porque a decisão foi desfavorável aos interesses de uma das partes que ele se encontra maculado por fundamentação deficiente, conforme já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 166.649/RS, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

No mérito, a respeito do tema, embora o advento da maioridade civil do filho, por si só, não acarrete a extinção da obrigação alimentar do genitor, cabe ao alimentando comprovar a necessidade de continuar recebendo os alimentos.

Na hipótese dos autos, é de se observar que o apelado obteve judicialmente a exoneração da obrigação alimentar em relação à filha há cerca de um ano do ajuizamento da presente demanda, através de sentença, confirmada por acórdão já transitado em julgado, de modo que a sentença proferida naquele feito ainda continua a produzir seus efeitos, sendo que somente fato relevante novo poderia desconstituir.

Com efeito, ficou demonstrado que a autora, emancipada desde 18/04/2017, é saudável e possui plena capacidade laborativa, pois já figurou como sócia da empresa Bordados Noroeste Ltda até 30/05/2019, sendo que o réu foi exonerado do encargo alimentar somente em 29/05/2020 e que não ocorreu qualquer fato superveniente, que pudesse influenciar de modo decisivo no acolhimento do pedido deduzido na inicial.

Aliás, como bem salientado pelo MM. Juízo de 1º Grau: ***"Ao se atingir a maioridade civil, a parte alimentante deve comprovar suas necessidades para recebê-los, não sendo mais presumidas. Considerando que a Sentença dos alimentos está sujeita à coisa julga rebus sic stantibus, pode ser revista a qualquer momento em que haja alteração fática. A ação improcede pelo fundamento de que não houve alteração fática na relação autora e réu. A autora mantém os mesmos fatos e pedidos, sendo a improcedência imperiosa."*** (verbis, cfr. fls. 793).

Desse modo, ficou demonstrada a ausência da necessidade absoluta dos alimentos por parte da apelante, sendo mesmo de rigor a manutenção de improcedência da demanda.

A propósito, a respeito da matéria, "mutatis mutandis", confiram-se os seguintes julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> **"ALIMENTOS. Ação proposta por filho maior contra o genitor. Improcedência. Exoneração obtida pelo genitor há pouco mais de um mês do ajuizamento da presente demanda. Ausência de circunstância relevante nova a ensejar a modificação do que foi decidido em relação as partes. Excepcionalidade do dever manutenção do pensionamento não evidenciado. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO."**

Acesso ao Sumário

TJSP; Apelação Cível 1004303-25.2022.8.26.0566; Relator (a): Costa Netto; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos – 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 31/10/2022; Data de Registro: 31/10/2022).

"ALIMENTOS. FIXAÇÃO. FILHO MAIOR DE IDADE. INADMISSIBILIDADE. AUTOR QUE, APESAR DE ALEGAR SER ALUNO MATRICULADO EM DOIS CURSOS NÃO COMPROVOU DOCUMENTALMENTE O QUANTO ALEGADO. ADEMAIS, NÃO HÁ NOS AUTOS QUALQUER INFORMAÇÃO DE QUE SEJA INAPTO AO TRABALHO. DEVER ALIMENTAR QUE, EM SE TRATANDO DE FILHO JÁ MAIOR, É EXCEPCIONAL. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1056528-70.2019.8.26.0002; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 15/07/2022; Data de Registro: 15/07/2022)

Assim, é manutenção da sentença atacada, inclusive por seus próprios fundamentos.

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, os honorários advocatícios aplicados na sentença, ficam definitivamente fixados em 15% (quinze por cento) do valor da causa, com fundamento no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025227-40.2021.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GABRIELLE TOMAS SOLIANO, é apelado JOSÉ LUIZ GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.917)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

FÁBIO QUADROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Terceiro. Pretensão de desconstituição da penhora que recaiu sobre o imóvel objeto da lide. Sentença de improcedência. Inconformismo da embargante. Descabimento. Aplicação da Súmula 375 STJ. Imóvel adquirido pelo executado, presidente de cooperativa, de forma irregular e doado à filha, ora embargante, quando já tinha ciência acerca da existência de ação judicial contra si. Fraude à execução configurada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 57/63, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os Embargos de Terceiro, opostos por **Gabrielle Tomas Soliano** em face de **José Luiz Gonçalves**, condenando a embargante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada, apela a embargante a fls. 66/84, suscitando nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, repisa os argumentos iniciais, notadamente, que é legítima proprietária do imóvel, pois comprou nos autos que o bem lhe fora doado sem qualquer irregularidade dois anos antes do início do cumprimento de sentença. Pede a procedência da ação, para afastar a contrição que pesa sobre a matrícula do imóvel.

Recurso processado e contrarrazoado (fls.716/721).

É o relatório.

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

A embargante aduziu na inicial que sofreu constrição sobre o imóvel de sua propriedade porque o magistrado entendeu pela fraude à execução nos autos principais, porque o imóvel em questão lhe fora doado pelo executado daquela ação que é o seu pai.

Sustentou que a Cooperativa vendeu todos os 44 (quarenta e quatro) apartamentos, com a finalidade de arrecadar recursos para quitar os débitos, dentre eles ações judiciais, acordos com os cooperados, IPTU, INSS, advogados e despesas administrativas. Disse que um desses imóveis foi adquirido pelo executado, seu genitor, que pagou o preço do imóvel e posteriormente doou para à filha, ora embargante, 02 (dois) anos antes do trânsito em julgado da ação principal, ou seja, dois anos antes do início da execução.

Pois bem.

O enunciado da Súmula nº 375 do STJ dispõe que: **"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou**

Acesso ao Sumário

da prova de má-fé do terceiro adquirente"

Nesse contexto, verifica-se que o executado, doador do imóvel e pai da embargante, assumiu o cargo de Presidente da cooperativa e adquiriu imóveis de forma irregular "por fora", porque aludidos imóveis eram destinados aos cooperados, sob fortes acusações de desvios ao longo de 13 (treze) anos de gestão, desfazendo-se dos imóveis, dentre eles o que fora doado à filha, ora embargante quando já em curso ação judicial contra si.

Ora, nesse contexto mostra-se irrelevante se a alienação do bem se deu antes do início da execução, pois fato é que o executado tinha plena ciência acerca da ação judicial ajuizada contra si ao doar o imóvel à sua filha, em nítida tentativa de blindar o patrimônio.

Portanto, resta evidente a comprovação da má-fé do executado e filha, estando sujeitos à aplicação da referida Súmula 375, do STJ.

Por fim, resta prejudicado o pedido de nulidade da sentença pelo alegado cerceamento de defesa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003176-06.2015.8.26.0634, da Comarca de Tremembé, em que é apelante LEANDRO FERREIRA DE MORAIS, são apelados CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), SÉRGIO ARNALDO DE OLIVEIRA e HDI SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.383)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação indenizatória por danos morais, materiais e estéticos, fundada em acidente de trânsito. Sentença de improcedência. Apelo do autor.

Acesso ao Sumário

Sentença proferida por juiz diverso daquele que encerrou a instrução. Princípio da identidade física do juiz que não é absoluto. Não ocorrência de prejuízo às partes. Sentença válida.

Era obrigação do condutor corréu somente realizar a manobra de conversão à esquerda após se assegurar que não obstaria a passagem de veículo que viesse pela via preferencial. Na hipótese, todavia, a colisão ocorreu antes do início da manobra de conversão à esquerda. Prova oral e documental no sentido de que o veículo conduzido pelo corréu estava parado naquele cruzamento e a motocicleta ultrapassou o veículo que seguia à sua frente, colidindo na lateral dianteira esquerda do veículo do corréu, antes mesmo que este iniciasse a conversão pretendida. Culpa exclusiva da vítima configurada. Improcedência da ação mantida.

Apelação não provida.

VOTO

A r. sentença proferida à f. 505/509, integrada no julgamento dos embargos de declaração (f. 522/523 e 530/531) destes autos de ação indenizatória por danos morais, materiais e estéticos, fundada em acidente de trânsito, movida por **LEANDRO FERREIRA DE MORAIS**, em relação a **CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA** e **SÉRGIO ARNALDO DE OLIVEIRA**, com denunciação da lide à **HDI Seguros S/A**, julgou (a) improcedente o pedido, condenando o autor no pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa, observando ser ele beneficiário da assistência judiciária e (b) prejudicada a denunciação da lide, condenando o denunciante no pagamento das custas e despesa processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa principal .

Apelou o autor (f. 533/544), alegando, em suma, que: (a) há nulidade da sentença, pois foi proferida por juiz diverso daquele que presidiu a audiência de instrução; (b) o acidente ocorreu por culpa do corréu condutor, que realizou manobra de conversão à esquerda para sair da via principal e interceptou a trajetória da motocicleta pilotada pelo autor, que vinha em sentido contrário na mesma via, lhe causando a amputação traumática do parte da perna esquerda; (c) o corréu condutor confessou não ter avistado a motocicleta e, na contestação, alterou a versão dos fatos; (d) o *croquis* juntado com a contestação não condiz com a posição final dos veículos e do motociclista; (e) deve ser considerado o depoimento da testemunha Douglas, que avistou perfeitamente o acidente; (f)

Acesso ao Sumário

houve a colisão lateral, ficando a perna esquerda do apelante prensada entre a moto e o carro; (g) o local de onde a testemunha Adilson disse ter presenciado o acidente fica aproximadamente 100 metros distante, devendo ser desconsiderado esse depoimento; (h) a ação deve ser julgada procedente, com o acolhimento dos pedidos formulados na inicial.

A apelação, isenta de preparo por ser o apelante beneficiário da assistência judiciária, foi contra-arrazoada (f. 555/560 e 562/577).

É o relatório.

A decisão que acolheu os embargos de declaração foi disponibilizada no DJE em 03/05/2022, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (f. 532); a apelação, protocolada em 25/05/2022, é tempestiva.

É incontroversa nos autos, estando, ademais, comprovada documentalmente, a ocorrência do acidente de trânsito no dia 09/06/2012, envolvendo a motocicleta pilotada pelo autor e o veículo VW Gol dirigido pelo corréu Carlos, de propriedade do corréu Sérgio (f. 20/26).

Quando os policiais chegaram para atender à ocorrência, o autor já havia sido conduzido ao hospital e o corréu condutor narrou, na ocasião, que "trafegava pela Av. Francisco Barreto Leme, sentido Tremembé, ao sinalizar a manobra para entrar na Rua Mato Grosso, não viu o motociclista que vinha no sentido contrário, em alta velocidade".

O autor ajuizou a presente ação em 09/06/2015, postulando a condenação dos réus no pagamento de indenizações por danos morais, materiais e estéticos, alegando que o corréu Carlos foi o responsável pelo acidente, na medida em que tinha a intenção de ingressar na Rua Mato Grosso e interceptou a trajetória da motocicleta, que vinha no sentido contrário, invocando a tanto as narrativas dos boletins de ocorrência.

No acidente, o autor sofreu fratura exposta no fêmur e tíbia esquerdos, com lesão irreparável da artéria femural, sendo necessária a amputação do membro inferior esquerdo ao nível do joelho (f. 27).

A inicial veio instruída com *croquis* elaborado pelo autor, segundo o qual o veículo VW Gol iniciou a manobra de conversão à esquerda para ingressar na Rua Mato Grosso e houve a colisão entre a lateral dianteira direita e a parte frontal da motocicleta (f. 29).

Em defesa, o corréu condutor alegou que: (a) conduzia o veículo pela Av. Francisco Barreto Leme de Barros, e, antes de efetuar a manobra de deslocamento para a esquerda, quando ainda estava alinhado na sua faixa de direção, foi atingido pela motocicleta; (b) a colisão se deu na lateral dianteira esquerda do veículo, ao contrário do que constou no *croquis* elaborado pelo autor. Impugnaram, ademais, as verbas indenizatórias postuladas.

O corréu proprietário do veículo também contestou a ação (f. 53/66), de-

Acesso ao Sumário

nunciando à lide sua seguradora.

Foi realizada prova médica pericial (f. 355/365), que concluiu que: (a) há nexo causal direto e certo com o acidente, (b) o autor sofreu déficit temporário total de 3 dias e parcial de 3 meses, (c) há dano permanente que corresponde a 70% do patrimônio físico, com incapacidade laboral para a função anteriormente desempenhada, (d) há danos a atividades esportivas e de lazer e dano futuro com repercussão na saúde geral; (e) o *quantum doloris* e o dano estético são graves.

Foi produzida prova oral (f. 403/411).

O autor, em depoimento pessoal, relatou que: (a) estava seguindo na via atrás do primeiro carro e, quando chegou na esquina, o carro que vinha sem sentido contrário virou para a esquerda dele, na frente do depoente; (b) o Gol bateu na perna esquerda do depoente; (c) o motorista do carro não parou e não deu seta, mas entrou direto; (d) algumas pessoas que estavam no local presenciaram o acidente; (e) sempre trabalhou com registro em carteira.

O corréu Carlos, em depoimento pessoal, contou que: (a) estava no sentido centro, Tremembé, e pretendia virar à esquerda na Rua Mato Grosso; (b) naquela época ainda podia virar ali, não era proibido como é atualmente; (c) o depoente foi parando e foi tudo bem rápido, a moto já foi batendo; (d) ainda não tinha começado a manobrar para virar, mas estava parado em sua mão de direção quando houve a colisão; (e) a moto saiu da sua mão de direção e veio na contramão, colidindo no carro do depoente; (f) a colisão no veículo do depoente foi no lado do motorista; (g) na verdade, o depoente não viu de onde a moto veio; (h) no dia do acidente, algumas pessoas foram conversar com o depoente e foram arroladas como testemunhas; (i) uma das testemunhas, Adilson, era conhecido do depoente e presenciou o acidente.

PM Jefferson Luciano Marcondes Gonçalves, testemunha arrolada pelo autor, relatou que: (a) se recorda do fato e quando chegou no local, que já estava prejudicado, o Resgate estava socorrendo a vítima; (b) quem confeccionou o BO foi o PM Arantes; (c) não se recorda claramente, mas parece que o condutor do automóvel seguia sentido Tremembé e ia entrar na Rua Mato Grosso, e veio a motocicleta e houve a colisão; (d) parece que a colisão foi "na direção da seta"; (e) a motocicleta foi arremessada para um estabelecimento comercial existente na esquina, que tem uma cobertura, com uma estrutura de ferro, estrutura essa que foi danificada; (f) esse "lançamento" da motocicleta se deu no mesmo sentido em que ela estava, sentido Taubaté; (g) o acidente ocorreu em horário noturno, em local bem iluminado, sem chuva.

Acesso ao Sumário

Igor Henrique da Silva Pinto, testemunha arrolada pelo autor, relatou que: (a) conhece de vista o autor; (b) estava passando pelo local, vindo da pista de skate onde costuma andar; (c) quando chegou no local, o acidente já havia

acontecido e estava cheio de gente no local; (d) viu o autor quando ele estava no chão; (e) não conhecia o condutor do veículo; (f) em seguida, o depoente foi embora; (g) quando o depoente chegou, o carro ainda estava na pista, mas não sabe dizer se estava na mão certa ou na contramão, não sabe dizer saber se o veículo estava reto ou torto na pista; (h) o carro estava danificado no paralama lateral, não sabe dizer qual lado; (i) observando o boletim de ocorrência, nas f. 22 dos autos, o depoente confirma que a colisão se deu no lado em que ali está demarcado, explicando que foi na lateral mas "bem na frente do carro".

Douglas Luciano da Silva, testemunha arrolada pelo autor, contou que: (a) é colega de trabalho do autor; (b) o depoente estava uns três carros atrás de onde ocorreu o acidente, no mesmo sentido da motocicleta, sentido Taubaté; (c) o depoente estava passeando na ocasião; (d) na frente do depoente tinha uns três automóveis; (e) viu que o carro que veio no sentido contrário entrou e pegou na moto, na mão de direção da moto; (f) o motociclista caiu perto do poste e a moto foi parar na porta do barzinho (nesse momento, o depoente fez sinal com o braço para a direita); (g) passou reto mas em seguida voltou, quando reconheceu o autor; (h) o depoente não viu o carro vindo e batendo, mas ouviu o barulho quando o carro colidiu na moto, na mão de direção do motociclista, e quando olhou, a moto já estava caída para a frente; (i) mesmo estando três carros para trás, o depoente viu o veículo já na contramão, batendo na moto; (j) outras pessoas também ouviram o barulho; (k) no momento do acidente, o autor não estava fazendo uma ultrapassagem, mas seguia no lado direito da pista; (l) o veículo foi atingido no lado esquerdo, no lado do motorista, na parte dianteira; (m) não reparou se houve colisão na lateral esquerda do veículo, mas viu que havia dano na parte da frente, do lado esquerdo.

Adilson de Morais, testemunha arrolada pelos réus, relatou que: (a) é conhecido do corréu Carlos; (b) viu em parte o acidente, estava chegando na pizzaria que há na esquina, depois de fazer uma entrega; (c) viu que um Gol vermelho passou devagar, dando seta e, em sentido contrário vinha um outro carro que reduziu a velocidade e deu sinal para o Gol entrar; (d) o depoente continuou conversando com um rapaz na frente da pizzaria e, em seguida, ouviu um grito e quando olhou, viu a moto batendo no muro do bar e o motociclista sendo jogado; (e) não viu a motocicleta quando o Gol sinalizava para entrar à esquerda, mas viu apenas o veículo que dava sinal para o Gol entrar; (f) o veículo do réu ainda não tinha virado à esquerda, estava "um pouco virado", estava iniciando a curva, mas não estava na outra pista; (g) o depoente correu para socorrer o autor e ficou com ele ali até o Resgate chegar; (h) somente depois viu que o motorista do carro era o Carlos; (i) parece que a colisão, no veículo, foi no bico do lado do motorista, entre o para-choque e a lateral; (j) não chovia e o local era bastante iluminado; (k) o veículo do réu e o outro, que vinha em sentido contrário, estavam bem devagar, quase freando; (l) o depoente não viu a

Acesso ao Sumário

motocicleta e até estranhou, pensando que o réu tinha batido no carro que vinha no sentido contrário e somente depois viu que a moto tinha batido na parede do bar e o motociclista foi lançado ainda uns 6 ou 7 metros depois da moto; (m) naquele local a faixa é contínua e a pista é única, com mão dupla de direção; (n) parece que a velocidade máxima, na época, era de 60 km/h.

Jonatas Eduardo dos Santos Silva, testemunha arrolada pelos réus, contou que: (a) não conhece as partes; (b) presenciou o acidente, pois estava na mesma avenida em que o réu, seguindo de moto logo atrás dele; (c) um carro que vinha em sentido contrário reduziu e deu sinal para o réu fazer a manobra de ingresso à esquerda; (d) o réu estava parado, dando sinal para entrar e quando ia começar a embicar, a moto surgiu e bateu; (e) a moto chegou rápido demais, tanto que foi parar no bar, e o motociclista voou uns 20 ou 30 metros; (f) o depoente parou sua moto, desceu e se apresentou ao réu, dando seu contato a ele; (g) não chovia na ocasião e a via é bem iluminada; (h) naquele via, há apenas uma faixa em cada mão de direção; (i) se não se engana, a velocidade máxima ali era de 60 km/h; (j) na Rua Mato Grosso houve mudança de sinalização e agora não é mais permitida a conversão à esquerda ali; (k) a moto veio de trás do carro; (l) o acidente ocorreu no início da noite.

A apelação não comporta provimento.

De início, afasto a preliminar de nulidade da sentença por não ter sido ela proferida pelo mesmo juiz que presidiu a audiência de instrução.

Isso porque, o princípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC), não possui caráter absoluto, podendo ser verificada caso a caso a existência de prejuízo a uma das partes.

Nesse sentido, menciono os seguintes precedentes colacionados por Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, na obra "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor":

> "Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz" (STF-1ª T., RE 65.815, Min. Eloy da Rocha, j. 4.4.75, DJU15.5.75). 'Assim, desde que não se vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução' (STJ-Corte Especial, AI 624-779-AgRg, Min. Castro Filho, j. 15.8.07, dois votos vencidos, DJ 17.11.08). Ainda: "O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, só ensejando nulidade do acórdão se importar em violação ao contraditório e à ampla defesa. Prejuízo dito intuitivo não é suficiente para reconhecer violação ao art. 132 do CPC" (STJ-3ª T., Resp 780.775, Min. Nancy Andrighi, j. 15.8.06, DJU 4.9.06). No mesmo sentido: STJ-4ª T., AI 765.892-AgRg, Min. Fernando Gonçalves, j. 6.12.07, DJU 17.12.07; RJTJERGS 133/412, JTA114/110, Bol. AASP 1.604/221." (verbete 2 ao art. 132, Sa-

Acesso ao Sumário

raiva, 42º ed., 2010, pg. 250).

No presente caso, não especificaram os apelantes eventual prejuízo sofrido com o fato de a sentença ter sido proferida por magistrado diverso daquele que encerrou a audiência de instrução.

A sentença considerou e julgou o processo de acordo com as provas produzidas nos autos.

Assim, descabida a simples alegação de prejuízo sem sua demonstração, é válida a sentença ora apelada.

O CTB, em seu art. 44, estabelece que ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência.

Nesse quadro, era obrigação do condutor corréu somente realizar a manobra de conversão à esquerda após se assegurar que não obstaria a passagem de veículo que viesse pela via em sentido contrário ao seu.

Considerando-se apenas a narrativa da inicial e dos boletins de ocorrência, seria possível se entender que a colisão se deu quando o veículo VW Gol já havia iniciado a manobra de conversão à esquerda e interceptou a trajetória da motocicleta, que vinha em sentido contrário.

Tal percepção é alterada, contudo, a partir da prova oral produzida e, em especial, quando se verifica o local da colisão no veículo Gol.

Ora, se a colisão tivesse ocorrido quando o Gol realizava manobra de ingresso à esquerda, a motocicleta teria colidido na sua lateral direita ou na lateral dianteira direita, conforme o *croquis* elaborado pelo autor (f. 29).

Todavia, tem-se do BO/PM que os danos no veículo VW Gol se localizaram na lateral dianteira esquerda (f. 22), como foi alegado pelos réus em sua defesa, roborando a versão de que o VW Gol ainda não havia iniciado a conversão à esquerda, mas estava parado naquele cruzamento, ocasião em que houve a colisão entre a motocicleta e a lateral dianteira esquerda do veículo, conforme *croquis* juntado com a contestação (f. 36).

A prova testemunhal é no mesmo sentido.

As testemunhas Adilson e Jonatas foram unânimes na sua narrativa, no sentido de que o corréu Carlos parou no cruzamento, sinalizando sua intenção de convergir à esquerda na Rua Mato Grosso, um veículo que vinha em sentido contrário reduziu sua velocidade e deu sinal para que o corréu pudesse realizar essa conversão mas, antes que ele iniciasse a manobra, ou, nas palavras da testemunha, quando ele ia começar a embicar, a motocicleta surgiu de repente e colidiu em sua lateral dianteira esquerda.

Acesso ao Sumário

A testemunha Adilson afirmou ter pensado, no momento, que foi o veículo que vinha em sentido contrário que colidiu contra o veículo do réu, pois não pode perceber a chegada a motocicleta, que surgiu de repente.

Não obstante Adilson tenha se distraído por um breve momento, pois conversava com outro rapaz na frente da pizzaria, ou, como alegou o autor, a pizzaria onde Adilson estava ficava distante do local dos fatos, sua narrativa foi confirmada pelo depoimento da testemunha Jonatas, que se encontrava logo atrás do veículo do réu e presenciou a mesma cena, afirmando, inclusive, que a moto surgiu "rápido demais" e veio de trás do carro.

Nesse quadro, é correta a conclusão da sentença apelada no sentido de que a motocicleta ultrapassou o veículo que seguia à sua frente e colidiu na lateral dianteira esquerda do veículo do corréu, antes mesmo que este iniciasse a conversão pretendida.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor não lograram elidir tal conclusão.

Quando o policial militar Jefferson chegou no local, este já estava prejudicado, ou seja, não pôde visualizar a posição final dos veículos.

A testemunha Igor também não presenciou o acidente e não sabe que posição o veículo Gol estava; de outro lado, confirmou que o local da colisão, no VW Gol foi do lado esquerdo.

A testemunha Douglas, que seguia uns três carros atrás da motocicleta, ora afirma que viu o veículo Gol realizando a manobra de conversão à esquerda, ora afirma que não viu o carro vindo e batendo, mas que ouviu o barulho quando o carro colidiu na moto; embora reafirme que essa colisão se deu na mão de direção do motociclista, informou também que, quando olhou, a moto já estava caída para a frente. Essa testemunha narrou que a moto seguia do lado direito da pista, o que, aliás, contradiz o *croquis* elaborado pelo próprio autor, no qual ele seguia do lado esquerdo. Diante de tais incongruências, tem-se que o depoimento dessa testemunha ficou isolado nos autos.

Acesso ao Sumário

As testemunhas que narraram a posição final da motocicleta foram unânimes ao afirmar que ela foi lançada na direção do bar existente na esquina, à direita da via por onde a motocicleta trafegava.

E, ao contrário do que sustentou o autor em sua apelação, essa posição final da motocicleta guarda relação com a dinâmica do acidente, pois, após colidir na lateral dianteira esquerda do veículo VW Gol, foi lançada na direção contrária, ou seja, à direita da via, vindo a parar quando bateu no muro, ou na estrutura de ferro da cobertura do bar.

Observa-se ainda que, independentemente de haver faixa contínua naquele trecho, proibindo a ultrapassagem, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 33, dispõe que nas intersecções e suas proximidades, o condutor não poderá

realizar ultrapassagem.

Esse dispositivo veda, portanto, a ultrapassagem de veículo nos cruzamentos e suas proximidades.

No presente caso, restou demonstrado, a partir da prova testemunhal e documental, que o autor realizou manobra de ultrapassagem em local onde era proibida, pois os veículos estavam próximos a uma intersecção ou cruzamento, e colidiu contra a lateral dianteira esquerda do veículo VW Gol que estava parado naquele cruzamento, aguardando para realizar manobra de conversão à esquerda, razão pela qual se conclui que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

Por tais motivos, a improcedência da ação é mantida. Nego provimento ao recurso e, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 15% do valor atribuído à causa (R$ 400.000,00), corrigido desde a propositura da ação e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, observada a gratuidade da justiça concedida ao autor.

Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1037277-84.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes ANA PAULA SOARES PALOMBO e ADEMIR NICOLAU DA SILVA, é apelado LIBERTY SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.623)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 6 de dezembro de 2022.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO – Ação regressiva ajuizada por seguradora em face dos responsáveis pela reparação do dano – Pretensão julgada procedente – Perda total do veículo segurado – Insurgência recursal dos réus restrita à alegação de super-

Acesso ao Sumário

valorização do orçamento utilizado para caracterização da perda total – Ausência de prova idônea que infirmasse tal documento – Excesso do valor cobrado, consistente na diferença entre o valor da indenização paga ao segurado e o valor alcançado com a venda do salvado em leilão – Não reconhecimento – Apelação não provida.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de procedência da pretensão regressiva deduzida por seguradora sub-rogada em todos os direitos do segurado em face daqueles apontados como responsáveis pela reparação do dano derivado de acidente de trânsito, condenados os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 12.581,00, corrigidos pela tabela prática deste Tribunal, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a partir do efetivo desembolso (conforme decisão dos embargos de declaração), mais as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% da condenação, observada a gratuidade processual.

Inconformados, os réus sustentam que, pelo que consta dos documentos apresentados pela autora, em razão da batida foi paga ao segurado indenização pela perda total do veículo, segundo o valor da tabela FIPE, R$ 25.081,00, e, com a venda do veículo em leilão pelo preço de R$ 12.500,00, chegou-se no valor de R$ 12.581,00 pleiteado pela autora. Ponderam que, entretanto, a batida em comento não geraria a indenização pleiteada, como bem provado nos autos, muito menos o orçamento imposto pela recorrida, único realizado, sem que lhes fosse oportunizado o conserto do veículo, uma vez que o segurado faltou com o dever de boa-fé, ressaltando que tentaram amigavelmente obter outros orçamentos, em especial em mecânicos de sua confiança, porém, não houve consentimento do segurado. Afirmam que o orçamento realizado pela Oficina União Jaguariúna, credenciada pela ré, apresentou o valor total de R$ 20.878,44, porém, pelas fotos anexadas pela própria ré, verifica-se o alto valor desse orçamento, sendo certo que, pelo olhar do homem médio, é possível concluir que o conserto do veículo avaliado em R$ 20.878,44, é desarrazoado, desproporcional e supervalorizado. Apontam, como exemplo, o preço do fecho de tampa traseira, no importe de R$ 3.994,09, ao passo que no mercado livre é possível encontrar a mesma peça automotiva por R$ 400,00. Argumentam que é aferível que o alto valor do orçamento teve o único intuito de alcançar o valor da tabela FIPE. Acentuam que, como é sabido e corriqueiro em demandas envolvendo reparação por danos materiais, o mínimo que se exige para que haja a quantificação idônea da indenização é a juntada de ao menos três orçamentos que atestem os corretos valores. Ressaltam que contestaram o orçamento apre-

Acesso ao Sumário

sentado pela ré e anexaram outro orçamento que seria razoável e justo, que restabeleceria os danos materiais ocasionados, no importe de R$ 7.924,00, de modo que, ao contrário do que constou da sentença, apresentaram sim prova em contrário, porém sem a devida análise pelo Douto Magistrado. Sustentam que, dessa forma, o pleito de R$ 12.581,00 é uma quantia absurda pela batida, o que se contesta veementemente, razão pela qual a r. sentença deve ser reformada para que se considerem os documentos anexados com a contestação e que se arbitre a indenização com base no orçamento que apresentaram, no valor de R$ 7.924,00, requerendo, desse modo, a diminuição da condenação imposta na sentença.

Recurso tempestivo, sem preparo (réus beneficiários da gratuidade processual) e respondido.

É o relatório.

A pretensão regressiva deduzida na inicial veio escorada na alegação de que, no dia 21 de dezembro de 2019, na Rodovia Professor Zeferino Vaz, no cruzamento com a Avenida Doutor Teodureto, no município de Campinas/SP, Leandro Aparecido Soares Pereira, condutor do veículo segurado, Nissan Livina, placa EYG-6369, e a ré ANA PAULA SOARES PALOMBO, condutora do veículo VW Spacefox, placa CSK-4669, de propriedade do réu ADEMIR NICOLAU DA SILVA, envolveram-se em acidente automobilístico, acidente este causado pela ré, que colheu a traseira do veículo segurado, que se encontrava parado no semáforo. Em razão disso, a autora pleiteou o ressarcimento da quantia de R$ 12.581,00, resultado da diferença entre a indenização paga ao segurado (perda total) e o valor da venda do salvado em leilão.

Os réus apresentaram contestação com as mesmas alegações deduzidas na apelação, seguindo-se réplica, a realização de audiência de instrução, com a oitiva de uma testemunha arrolada pela autora, alegações finais e a r. sentença de procedência da pretensão inicial.

Na apelação, os réus não se insurgiram contra o reconhecimento da culpa da ré ANA PAULA pelo acidente, mas apenas com relação ao valor pleiteado pela autora.

A apelada pleiteou o ressarcimento da quantia de R$ 12.581,00, correspondente à diferença entre o valor da indenização paga ao seu segurado e o valor da venda do salvado, tendo em vista que restou caracterizada a perda total, com base em orçamento apresentado por oficina credenciada da seguradora (fl. 19), pretensão que, como visto, foi julgada procedente.

O inconformismo dos apelantes diz respeito ao orçamento utilizado pela apelada para o reconhecimento de que houve perda total e, com isso, efetuar o pagamento do valor de mercado do veículo ao seu segurado, alegando, basicamente, que houve supervalorização dos preços das peças, com o intuito de fazer

Acesso ao Sumário

alcançar o limite para caraterização da perda total.

A insurgência recursal, entretanto, não comporta acolhimento, na medida em que o orçamento impugnado foi realizado por oficina credenciada da seguradora apelada, com relação das peças necessárias para o completo reparo do veículo, compatíveis com os danos verificados nas fotos apresentadas com a inicial (fls. 20/22).

Tal como consignado na r. sentença, os apelantes não produziram prova idônea que pudesse infirmar o orçamento apresentado pela apelada, posto que o orçamento que apresentaram (fl. 93), em comparação com o orçamento da seguradora, *"não abrange todas as peças substituídas na reparação do veículo segurado e nem faz menção ao valor referente a mão de obra"*, além do que limitado à relação das peças, sem indicação da procedência, do fornecedor e se se trata de peças originais ou não, de modo que não pode servir de paradigma para demonstração do alegado excesso no orçamento da seguradora apelada, evidente que o segurado não estava obrigado a se sujeitar ao reparo do seu veículo nestas condições.

O mesmo se verifica com relação à peça adotada como exemplo pelos apelantes (fl. 69), posto que se basearam em oferta de venda na plataforma de comércio eletrônico Mercado Livre, também sem qualquer indicação de procedência, ao passo que o orçamento da seguradora foi realizado com base no preço de peças "genuínas".

No mais, a apelada comprovou o pagamento da indenização realizada ao segurado e à instituição financeira que financiou a compra do veículo (fls. 27/29), bem assim o valor alcançado com a venda do salvado em leilão (fl. 32), apresentando, portanto, prova efetiva do montante desembolsado em razão do acidente provocado pela apelante, por isso que faz jus ao ressarcimento pretendido.

Daí porque a apelação não comporta provimento.

Por fim, em razão da instauração desta etapa recursal, da qual os apelantes saem vencidos, os honorários de sucumbência devem ser majorados para 15% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade processual.

Isto posto, voto pelo não provimento da apelação, majorados os honorários de sucumbência, nos termos explicitados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014430-

65.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RENATO ALVES DE FARIAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S.A. CASAS PERNAMBUCANAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.227)**

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

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO IMPROVIDO. Não se tratando de situação em que o dano moral se presume "in re ipsa", faz-se necessária a demonstração efetiva de sua ocorrência para justificar o reconhecimento do direito à reparação. No caso, os transtornos vividos pelo autor não chegaram a caracterizar verdadeira situação de dano moral, o que afasta a possibilidade de cogitar de reparação nesse aspecto.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais proposta por RENATO ALVES DE FARIA em face de CASAS PERNAMBUCANAS S/A.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente o pedido para, assim, condenar a ré ao pagamento da quantia de R$ 7.356,00, a título de reparação por danos materiais, a ser atualizada desde a data do fato pela tabela do TJ-SP e acrescida de juros legais de 1% ao mês desde a citação, afora as despesas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformado apela o autor, pugnando pelo reconhecimento do seu direito à indenização por danos morais, no valor correspondente a dez salários-mínimos, na medida em que, para aquisição do veículo, precisou realizar em-

Acesso ao Sumário

préstimo com sua mãe, além de utilizá-lo para locomoção de seus dois filhos pequenos. Aduz que o evento danoso gerou abalo psicológico, uma vez que se viu privado do seu bem, tendo sido totalmente frustrada a sua legítima expectativa de segurança ao estacionar nas dependências da apelada, que nada fez para minorar os seus efeitos após o ocorrido.

Recurso tempestivo e bem processado, sem apresentação de resposta. Há isenção de preparo.

É o relatório.

2. O recurso enfoca, tão somente, a questão relativa ao dano moral, de modo que já se encontra superado o tema da responsabilidade da ré pela reparação.

O tema submetido à apreciação diz respeito ao sofrimento da alma, à dor, ao constrangimento, à humilhação, que decorrem de atos lesivos praticados contra a própria pessoa e seus familiares. Constitui ofensa ao decoro, aos bons costumes, à honra, à liberdade da pessoa ou de sua família. Enfim, atinge a personalidade.

A comprovação de sua ocorrência, evidentemente, vai depender da verificação de cada caso concreto, observando-se que, no caso em exame, não se trata de uma situação em que o dano moral se encontra caracterizado *in re ipsa*, havendo necessidade de efetiva demonstração, do que não se incumbiu o autor.

Com o devido respeito, a descrição feita na petição inicial não é suficiente para justificar o reconhecimento de efetiva ocorrência de dor, sofrimento, lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos.

A ocorrência do furto nas dependências do estabelecimento demandado, em local destinado à guarda do veículo, inegavelmente, evidencia uma inegável situação de transtorno, mas não a ponto de justificar o reconhecimento do dano moral, que deve pressupor uma situação de grave sofrimento da alma.

Nesse sentido já se pronunciou esta Corte:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – Ação envolvendo discussão acerca de furto de veículo em estacionamento de supermercado – Aplicação dos dispositivos do CDC ao caso concreto – Falha na prestação do serviço – Fato ocorrido por ação de terceiros, mas de responsabilidade da ré – Dever de fiscalizar evidente, mesmo sendo o serviço colocado à disposição sem cobrança de qualquer valor – Cupom fiscal e Boletim de ocorrência que corroboram os fatos narrados na inicial (...) – Danos morais – Indenização descabida – Não configuração do dano moral, porquanto o caso concreto se apresenta como mero aborrecimento – LIDE SECUNDÁRIA – Denunciação da lide ocorrida em decorrência de contrato de seguro – Ausência de cobertura para furto simples de veículo de terceiros –*

Mantida a improcedência da lide secundária Improvido o recurso da ré e provido parcialmente o recurso do autor, nos termos mencionados. " [1]

"1. Bem móvel – Ação de reparação de danos – Responsabilidade dos réus pelo dever de guarda dos bens em suas dependências – Excludentes não evidenciadas – Indenização pelos danos materiais devida. 2. Danos morais – Não configuração – Exclusão da condenação. 3. Honorários contratuais – Verba pactuada entre mandante e mandatário, que não é passível de perdas e danos – Apelo adesivo da autora improvido, provido parcialmente o do corréu.

(...)

Entretanto, não há constrangimento moral passível de ressarcimento.

Ainda que se admitida a culpa dos prestadores do serviço, os fatos narrados não configuram os pretendidos danos morais e, portanto, não ensejam qualquer indenização.

Não se entrevê que os autores tenham sido submetidos a sofrimento ou humilhação atroz, não passando os relatos da inicial dos dissabores presentes no dia a dia, os quais, conquanto desagradáveis, não alcançam o patamar de dano moral.

É difícil acreditar que os embates da vida e os aborrecimentos naturais possam combalir as pessoas, senão espíritos de sensibilidade extrema (...)" [2].

"RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – VEÍCULO FURTADO EM ESTACIONAMENTO OFERECIDO GRATUITAMENTE PELA RÉ – RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO PELA GUARDA DO VEÍCULO – RESPONSABILIDADE DA RÉ DE RESSARCIR – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

(...)

A caracterização de dano pressupõe a prática de ato ilícito capaz de acarretar um prejuízo natureza extrapatrimonial à vítima.

Não se discute que atualmente o dano moral deva ser indenizado, porém, a ocorrência dos incidentes narrados nos autos não tem suficiente fôlego para que se detecte "situação constrangedora extraordinária", hábil a expor seriamente a honra subjetiva do Autor ou a propiciar sen-

Acesso ao Sumário

1 TJSP – Apelação nº 1007750-94.2014.8.26.0309 – 31ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. CARLOS NUNES – J. em 21.11.2018.

2 TJSP – Apelação nº 1042711-54.2016.8.26.0224 – 26ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. VIANNA COTRIM – J. em 28.01.2019.

timento exacerbado, que traduza ataque a predicados subjetivos de sua personalidade.

Assim, a par de eventuais transtornos e dissabores experimentados, a conduta do réu não pode ser entendida como ensejadora de abalo de ordem moral, sob pena de qualquer fato contraditório ser considerado como dano indenizável.

Por isso, diferentemente do quanto alegado pelo Autor, não restou caracterizada a ocorrência de dano moral passível de indenização (...).”[3].

“VEÍCULO. FURTO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO POR DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES QUE TERIA CABIMENTO, EM TESE, EM RAZÃO DA GUARDA DO BEM. AUSÊNCIA DE PROVA DE TAIS PREJUÍZOS. DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. Recurso da ré provido para julgar improcedente a demanda, prejudicado o do autor

(...)

Na hipótese vertente, em que pese o transtorno suportado pelo autor, não se verifica constrangimento de tal monta a ensejar abalo extrapatrimonial. Assim, cuida-se de mero dissabor do cotidiano a que todos estão sujeitos.

De se ressaltar que a mera frustração íntima por não ter suas expectativas alcançadas não configura dano moral (...).” [4].

Acrescenta-se, a respeito do tema, a recente decisão da Terceira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, proferida no julgamento do REsp nº 1.426.710 RS, sendo relatora a Ministra Nancy Andrighi:

“... dissabores, desgostos e frustrações compõem muitas vezes a vida cotidiana e, nem por isso, são capazes de causar danos morais sobre aqueles que os suportam. Assim, impossível compreender que a frustração de expectativa suportada pela recorrida seja capaz de afetar o âmago de sua dignidade como pessoa humana, tampouco de afetar, de forma negativa e duradoura, a forma como se compreende enquanto pessoa em sociedade, por conta de frustração na reforma de seu imóvel. Veja-se que, além das frustações, o vício do produto causou remanejamento de funcionários e atrasos de cronogramas na reforma, mas são questões puramente materiais, sem qualquer reflexo sobre a pessoa da recorrida e, portanto, incapazes de gerar danos morais.

Como afirmado anteriormente, não é qualquer vício do produto

Acesso ao Sumário

3 TJSP – Apelação nº 1027061-02.2017.8.26.0007 – 33ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. LUIZ EURICO – J. em 6.12.2013.

4 TJSP – Apelação nº 1001064-34.2018.8.26.0572 – 35ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. GILBERTO LEME – J. em 17.12.2018.

que enseja danos morais, mas na hipótese particular devem causar tamanho desgosto e sofrimento capaz de afetar a dignidade do consumidor enquanto pessoa humana. Dessa forma, nos autos deste recurso, não estão presentes os elementos caracterizadores de danos morais."

Assim, não há como presumir o dano moral em circunstâncias como a dos autos.

Enfim, não comporta acolhimento o inconformismo, devendo prevalecer a solução adotada pela r. sentença.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1034594-98.2021.8.26.0224/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é embargante PRISCILA BENTO DE CARVALHO, é embargado FMU FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.315)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Pretensão à revisitação do que fora expressamente decidido anteriormente – Impossibilidade – Embargos rejeitados.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por **PRISCILA BENTO**

Acesso ao Sumário

DE CARVALHO, nos autos da ação revisional que move contra **FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS EDUCACIONAIS LTDA.,** insurgindo-se contra o acórdão de fls. 267/273, no qual, por votação unânime, negaram provimento ao recurso por ela interposto.

Sustentando contradição, diz a embargante (fls. 1/13) que teria demonstrado que durante a pandemia o serviço contratado não foi prestado de forma devida, o que lhe prejudicaria e geraria enriquecimento ilícito da demandada. Afirma que seria evidente a redução de custos nos cursos à distância, inexistindo razão para a instituição negar-se a reduzir as mensalidades durante a pandemia. Alega que a contraprestação pelo serviço educacional prestada deva ser justa e que sua renda familiar teria sido drasticamente afetada pela pandemia, sendo que a requerida teria aumentado as mensalidades em cinco ocasiões, o que evidenciaria desequilíbrio contratual que precisa ser revisto.

Pugna pela redução de 30% do valor da mensalidade e rematrícula enquanto perdurar a suspensão das aulas presenciais e a restituição do valor correspondente a 30% dos valores pagos a mais nas mensalidades e rematrículas desde março/2020, juntados julgados desta Corte que entenderam pelo cabimento do pleito indenizatório por danos materiais.

Pretende o prequestionamento da matéria ventilada para que seja viabilizada a interposição de recurso para apreciação de Superior Instância.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Os embargos devem ser rejeitados.

De início anoto que não se verifica a alegada contradição na decisão embargada.

Acerca da contradição, de se destacar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> *"a decisão é contraditória quando encerra duas ou mais proposições ou dois ou mais enunciados inconciliáveis. A contradição ocorre entre proposições e os enunciados que se encontram dentro da mesma decisão. Obviamente, não configura contradição o antagonismo entre as razões da decisão e as alegações das partes (STJ, 2ª Turma, REsp 928.075/PE, rel. Min. Castro Meira, j. 04.09.2007, DJ 18.09.2007, p. 290). A contradição pode se estabelecer entre afirmações constantes do relatório, da fundamentação, do dispositivo e da ementa (STJ, Corte Especial, EREsp 40.468/CE, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2000, DJ 03.04.2000, p. 102) (In* Novo Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 953/954; grifou-se).

Dessa forma, verifica-se que apenas se poderá falar em contradição quando houver incongruência lógica entre os elementos da decisão judicial atacada

Acesso ao Sumário

– o que não se verifica na espécie – e não quando a decisão se colocar em sentido contrário daquele esperado pela parte.

No mais, verifica-se que o julgado expressou de forma clara e coerente o entendimento da Turma competente a respeito do tema, não padecendo de qualquer vício elencado no art. 1.022 do Código de Processo Civil, tendo sido devidamente esclarecida a rejeição do pleito revisional e indenizatório formulado pela embargante.

Vale ainda lembrar 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. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida."* (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, DJ 08/06/2016).

Outrossim, não se inclui no escopo do recurso de embargos de declaração a simples reabertura do quanto decidido, tendo em vista ser imprescindível para o acolhimento dos embargos a demonstração de efetiva omissão, contradição, obscuridade ou erro material (art. 1.023 do CPC).

Reconhecido algum desses vícios e sendo eles devidamente sanados, daí então é possível se falar em efeito modificativo, decorrência lógica da identificação das hipóteses do art. 1.022 do novo Código de Processo Civil (art. 1.024, § 4º do novo CPC). Contudo, o efeito infringente por si só inexiste. E os embargos não se prestam à simples revisitação do que foi decidido, tal como pretende a parte embargante.

Quanto ao prequestionamento, diante da inexistência das hipóteses de cabimento dos embargos, não há como ser complementada a decisão de maneira a analisar ainda mais o que já foi expressamente enfrentado; não obstante, considerem-se incluídos no acórdão prolatado todos os elementos suscitados pela parte embargante nos termos dispostos pelo art. 1.025 do novo Código de Processo Civil.

Pelo exposto, rejeito os embargos.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246455-39.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MADRESILVA MELLO DA SILVA, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.632)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

DJALMA LOFRANO FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. Decisão agravada que deferiu o pedido de ingresso da agravante no polo passivo, na qualidade de terceiro interessado, consignando que o domínio deve ser discutido em ação própria. Insurgência recursal que objetiva permitir a discussão de domínio na ação de desapropriação. Descabimento. O legitimado para compor o polo passivo da ação de desapropriação é, em princípio, o proprietário do imóvel, conforme o art. 16 do Decreto-lei 3.365/41, vale dizer, aquele em cujo nome se achar registrado o imóvel expropriado. Todavia, havendo indícios de que a agravante se encontra na posse do bem com título de propriedade sem registro no Cartório de Imóvel, é de se facultar sua intervenção no processo expropriatório. Contudo, a dúvida sobre o domínio deve ser dirimida em ação própria, com a remessa das partes às vias ordinárias. Inteligência do art. 34, parágrafo único, do Decreto-lei nº 3.365/41. Precedentes desta C.

Acesso ao Sumário

Câmara. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto para reforma da decisão de fls. 24/28 que, em ação de desapropriação ajuizada pelo Município de São Paulo em face de Saleh Hussein Bdeir e outros, admitiu o ingresso da agravante como terceira interessada, consignando que o domínio deve ser discutido em ação própria.

A agravante sustenta, em síntese: a) possibilidade de arguir exceção de domínio em procedimento expropriatório; b) inexistência de fólio real relativo ao imóvel sobre o qual exerce posse há décadas, bem como ante o caráter do ato processual apresentado, que consistiu em defesa, aplicando-se a *ratio* constante na súmula STF nº 237; c) pugnou pelo acolhimento do recurso, para que possa discutir a questão dominial nos autos da ação de desapropriação.

É o relatório.

Por medida de economia processual, procede-se ao imediato julgamento do recurso, pois desnecessário o processamento usual do feito.

O recurso de agravo de instrumento não comporta provimento.

Cuida-se de pretensão recursal voltada à reforma de decisão interlocutória que deferiu o pedido de intervenção de terceiros interessados no feito, porém com a ressalva da regularização dos títulos no CRI, a ser discutida em via própria.

É sabido que o expropriado em ação de desapropriação é aquele que detém o título de proprietário do imóvel, conforme estabelece o art. 16 do Decreto-lei 3.365/41. Logo, aquele em cujo nome se encontrar registrado o bem expropriado deve compor o polo passivo da ação.

Contudo, situações existem em que, muito embora conste do registro de imóveis o nome do titular do domínio, este já foi transmitido a outrem, por meio de contrato de compromisso ou de promessa de compra e venda, ou por contrato de cessão, etc., cujo instrumento, por motivos diversos, não fora levado a registro pelos adquirentes.

Assim, a decisão agravada pautou-se com cautela na admissão de terceiros interessados no polo passivo da lide, até mesmo para se permitir o exercício do direito de defesa, bem como para a garantia do próprio interesse público, evitando-se o pagamento de indenização àquele que não seja o real proprietário.

Nestas circunstâncias, mostra-se razoável e prudente a admissão dos terceiros interessados, evitando-se injustiças, fraudes ou enriquecimento sem causa.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, havendo dúvida sobre o domínio, tal questão deverá ser dirimida em ação própria, com a remessa das partes às vias ordinárias.

Nesse rumo, há precedente desta C. Câmara, firmado no Agravo de Instrumento nº 2204240-53.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Borelli Thomaz, 13ª Câmara de Direito Público, j. 02.10.2019:

"Ação de desapropriação. Imissão na posse. Condicionamento de levantamento parcial da indenização à propositura de ação dominial. Insurgência descabida.

Dúvida fundada sobre o domínio (art. 34, parágrafo único do Decreto-lei nº 3.365/41). Recurso desprovido.

[...]

... o agravante não consta como titular do imóvel expropriando, a acenar para dúvida fundada sobre o domínio, pelo que não se afigura irregular o condicionamento da pretensão ao competente ajuizamento de ação de usucapião ou de adjudicação compulsória."

Aliás, esse é o teor do parágrafo único do artigo 34 do Decreto-lei nº 3.365/41, que assim dispõe:

"Art. 34. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com o prazo de 10 dias, para conhecimento de terceiros".

Parágrafo único. ***Se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo****."* (grifo nosso).

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação – Indeferimento do levantamento da indenização depositada judicialmente – Remessa às vias ordinárias sob o fundamento de dúvida fundada sobre o domínio (art. 34, parágrafo único, do Decreto-lei nº 3.365/1941) – Dúvida fundada sobre o domínio que justifica a remessa das partes às vias ordinárias para sua resolução – Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2105763-87.2022.8.26.0000; Relator: Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Mogi das Cruzes - Vara *da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/08/2022; Data de Registro: 25/08/2022).*

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESAPROPRIAÇÃO – LEVANTAMENTO DE 80% DO NUMERÁRIO DEPOSITADO, PARA FINS DE IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE – Decisão que determinou que o pedido de levantamento do numerário depositado nos autos só poderá ser apreciado após o cumprimento dos requisitos do art. 34 Decreto-Lei nº 3.365/41 – Ação de usucapião julgada, entretanto, improcedente em 1º grau – Impossibilidade, nessas condi-

ções, do pretendido levantamento – Precedente desta C. Câmara – Discussão relativa ao domínio que deve ser, antes, dirimida por via própria – Decisão mantida, por fundamento diverso. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2273449-12.2019.8.26.0000; Relator: Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/05/2020; Data de Registro: 29/05/2020).

Diante da denominada "dúvida fundada" sobre o domínio que justifique o acesso às vias ordinárias para sua resolução, considerando-se que a matéria debatida ainda é controvertida, o que se pode retirar dos próprios argumentos deduzidos nos autos pela parte agravante, fica inteiramente mantida a decisão agravada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2230761-64.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOÃO BRUNO LEONARDO, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.409)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – DECISÃO QUE REJEITA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA NÃO CONFIGURADA – EXCIPIENTE QUE NÃO É EXECUTADO E NÃO INTEGRA A RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL – TERCEIRO QUE NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR EM NOME PRÓPRIO DIREITO ALHEIO, NOS TERMOS DO ART. 18 DO CPC – INTERESSE

Acesso ao Sumário

MERAMENTE ECONÔMICO QUE NÃO HABILITA A IMPUGNAÇÃO PELA VIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRECEDENTES DESTA CORTE – REJEIÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por **João Bruno Leonardo** contra a r. decisão aqui copiada a fls. 34/35, que, nos autos da execução fiscal nº 0992174-38.9600.8.26.0090, ajuizada pelo **Município de São Paulo** para a cobrança de IPTU e taxa de limpeza e conservação de vias do exercício de 1992, rejeitou a exceção de pré-executividade ajuizada pelo agravante, ao fundamento de que o excipiente não é parte no processo.

Argumenta, inicialmente (fls. 01/11), ter direito aos benefícios da gratuidade de justiça; no mérito, aduz, em síntese, que o crédito exequendo, referente ao exercício de 1992, foi fulminado pela prescrição e, ademais, as taxas de limpeza e conservação de vias são inconstitucionais. Acrescenta que possui legitimidade passiva para impugnar o débito, pois adquiriu a propriedade do imóvel em ação de usucapião, de forma que, à época da ocorrência do fato gerador, ostentava a condição de possuidor a qualquer título, conforme consta do art. 34, do CTN.

Busca, assim, a reforma da r. decisão e o consequente acolhimento da exceção de pré-executividade, para que se reconheça a prescrição intercorrente, a inconstitucionalidade da cobrança das taxas e se extinga o feito, com fulcro no art. 487, inc. II, do CPC.

Recurso tempestivo e isento de preparo, em razão do deferimento da gratuidade de justiça a fls. 82/85.

Contraminuta a fls. 48/49.

A fls. 91/92 foi proferido despacho determinando ao agravante a juntada da cópia integral dos autos da execução fiscal, sendo ela acostada a fls. 99/183.

É o relatório.

O recurso **não comporta provimento**.

Em primeiro lugar, consigno que o feito foi ajuizado em face de **Dilson Rodrigues de Oliveira**, para cobrança de IPTU e taxas de limpeza e conservação de vias do exercício de 1992 (fls. 99/105). Ante a informação de que o executado é pessoa falecida, conforme certidão lavrada pelo oficial de justiça em novembro de 2001 (aqui copiada a fl. 118), foi deferido o pedido de substituição do polo passivo para incluir o **Espólio de Dilson Rodrigues de Oliveira** (fls. 144/145).

Acesso ao Sumário

Posteriormente, em maio de 2017, o ora agravante **João Bruno Leonardo** peticionou nos autos da execução fiscal, informando ser o atual proprietário do imóvel, adquirido por meio de usucapião nos autos do processo 0121775-95.2008.8.26.0100, conforme sentença acostada a fls. 158/159, prolatada em dezembro de 2015. Ato contínuo, apresentou a exceção de pré-executividade de fls. 163/172, que, como se referiu, foi rejeitada pela r. decisão agravada, aqui copiada a fls. 182/183.

A r. decisão agravada deve ser mantida.

Isso porque, como se percebe da análise dos autos, **João Bruno Leonardo**, ora agravante, não é parte executada e não integra a relação jurídica processual. E, conforme bem constou da r. decisão agravada:

> *"REJEITO a exceção de pré-executividade, eis que o requerente não é parte no processo e, portanto, a pretensão da Fazenda não foi direcionada contra ele, observando que, no caso da propriedade adquirida mediante usucapião posterior ao fato gerador do tributo em cobrança, por se tratar de aquisição originária de domínio, inexiste vínculo entre o novo titular e a coisa adquirida com as dívidas tributárias geradas ante da declaração de usucapião"* (fl. 182).

Assim, saliento que a exceção de pré-executividade é expediente de defesa destinado à parte executada, integrante do polo passivo, e voltada para a demonstração de questões sobre as quais não seja necessária dilação probatória e de matérias cognoscíveis de ofício.

Tal entendimento, aliás, encontra amparo na Súmula 393 do Cl. STJ, que estabelece que "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*".

Bem por isso, a legitimidade ativa para postular no feito é das partes que efetivamente integram a lide, de modo que, do ponto de vista processual, não é permitida a oposição por terceiros.

No caso dos autos, verifica-se que, a pretexto de apontar prescrição intercorrente e a ilegalidade das taxas, o excipiente compareceu nos autos sustentando a sua legitimidade ativa em razão de ser o proprietário do imóvel (fls. 163/172). Para tanto, instruiu o feito com cópia da sentença que julgou procedente o pedido de usucapião sobre o imóvel, prolatada em dezembro de 2015 (fls. 180/181), que, de fato, demonstra ser o excipiente o atual proprietário do bem, estando em sua posse "*de forma ininterrupta por si e antecessores, sem oposição, por mais de vinte anos*".

Bem por isso, nem mesmo a alegação de que teria legitimidade para postular em juízo, decorrente do art. 34 do CTN, pois estaria na posse do imóvel à época da ocorrência do fato gerador, socorre ao agravante, pois não é parte na ação de execução fiscal.

Acesso ao Sumário

Em que pese tais fatos, as alegadas prescrição e ilegalidade das taxas apresentadas na exceção de pré-executividade são matérias de defesa do executado, não sendo possível o acolhimento da alegação por parte de quem não integra o feito, pois o interesse do excipiente é meramente econômico, não sendo possível, por essa razão, demandar direito alheio em nome próprio, nos termos do art. 18 do CPC[1].

No caso dos autos, contudo, a eficácia reflexa de eventual decisão prolatada no âmbito da execução fiscal não afeta o executado, mas sim o bem que ensejou a dívida, em relação ao qual, para proteção, há meio específico de impugnação, representado pelos embargos à execução.

Nessa ordem de ideias, admitir a interposição de exceção de pré-executividade por terceiros não integrantes da lide, em especial para a defesa da posse ou da propriedade, importaria no completo esvaziamento do instituto dos embargos de terceiro, previsto no art. 674 do CPC.

Assim, a exceção de pré-executividade não se revela como a via correta para a discussão de eventuais interesses do agravante, que, como dito, figura como terceiro, que possui em seu favor meios processuais adequados para proteger o bem.

Nesse sentido há precedentes desta Eg. 15ª Câmara de Justiça, destacando a ilegitimidade ativa de terceiro que não integra o polo passivo:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – IPTU e taxa de serviço de bombeiros dos exercícios de 2011 e 2012 – Município de Bauru – Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo atual proprietário do imóvel tributado, afastando a alegação de ilegitimidade passiva do executado – Ilegitimidade ativa do excipiente que não figura nos títulos executivos e não integra a relação processual – Impossibilidade de pleitear direito alheio em nome próprio (artigo 18 do Código de Processo Civil) – Precedentes desta Corte – Recurso não conhecido".* **(TJSP; Agravo de Instrumento 2015968-70.2022.8.26.0000; Relator: Raul De Felice; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 09/02/2022; Data de Registro: 09/02/2022).**
>
> *"EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – IPTU – Exercícios de 2015 a 2018 – Município de Carapicuíba – Exceção de pré-executividade – Alegação de legitimidade da apelada, nulidade dos títulos executivos – Acolhimento da objeção – Não cabimento – Documentos juntados, que não comprovam a propriedade do bem tributado – Impossibilidade de alteração do sujeito passivo da execução, nos termos do enunciado da Súmula nº 392 do E. STJ – Ausência de legitimidade*

1 Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.
Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Acesso ao Sumário

para opor exceção de pré-executividade – Terceiro estranho à lide – Execução fiscal manejada apenas em face da executada ora interessada e que não comporta intervenção de terceiros – Precedentes do E. STJ – Exceção de pré-executividade incabível – Sentença reformada – Apelo municipal provido". **(TJSP; Apelação Cível 1505930-68.2019.8.26.0127; Relator: Silva Russo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Carapicuíba - SAF - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 07/03/2022; Data de Registro: 07/03/2022).**

Dessa forma, deve ser mantida a decisão que rejeitou a exceção de pré -executividade, tendo em vista a ilegitimidade do excipiente.

Por fim, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria suscitada, observando-se que o art. 1.025, do Código de Processo Civil estabelece que "*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...", e o entendimento do STJ no sentido de que "há falar em negativa de prestação jurisdicional ante a análise das questões necessárias à solução da controvérsia, não configurando negativa de prestação jurisdicional a ausência de prequestionamento numérico*." **(AgInt nos EDcl no REsp 1787184/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2021, DJe 26/08/2021).**

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2237717-62.2022.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é agravante FABRITECH INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAPACES EIRELI, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "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 24.967)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Exceção de pré-executividade – Taxa de juros de mora – Aplicação da Lei 13.918/2009 – Decisão do Órgão Especial deste Tribunal reconhecendo a inconstitucionalidade da fixação de juros de mora acima da taxa SELIC – Necessidade de apresentação de novos cálculos para correção do valor cobrado. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Uma vez que este Tribunal deu interpretação conforme a Constituição à Lei 13.918/2009 (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 27.2.2013), é viável acolhimento de exceção de pré-executividade, para se excluir a cobrança de juros de mora fixados acima do limite da taxa SELIC, com determinação de correção dos cálculos.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Fabritech Indústria e Comércio de Capaces Eireli** contra decisão interlocutória (fls. 56/58 do processo digital de primeiro grau) do Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Limeira, em execução fiscal movida pelo **Estado de São Paulo**. O recurso é tirado de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade.

A agravante pretende a reforma da decisão agravada, pois, em síntese, dada a ilegalidade do cálculo de juros, acima da taxa selic, estão presentes os requisitos para acolhimento da exceção de pré-executividade.

Deferida a antecipação de tutela recursal, foram dispensadas as informações e houve resposta ao recurso.

É o relatório, em acréscimo aos anteriores.

Acesso ao Sumário

A agravante ingressou com exceção de pré-executividade alegando a ausência de condições para a execução, em razão da ilegalidade dos juros calculados de acordo com a Lei 13.918/2009.

Entendi, a princípio, que, salvo prova inequívoca, por perícia contábil, de juros cobrados acima da SELIC, conforme limite estabelecido pelo acórdão na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, rel. **Des. Paulo Dimas Mascaretti**, j. 27.2.2013, que a rigor, não declarou a inconstitucionalidade da Lei 13.918/2009, ou seja, não a retirou do ordenamento jurídico, mas deu-lhe interpretação conforme a Constituição, para que os juros fossem limitados à taxa SELIC, não teria cabimento a impugnação de CDA ou de AIIM.

Ocorre que, entretanto, a jurisprudência majoritária desta Câmara foi ade-

rindo ao entendimento de que é inadmissível a **Fazenda do Estado de São Paulo**, diante dessa decisão do Órgão Especial desta Corte, pretender a aplicação de juros acima da taxa SELIC, por interpretação conforme a Constituição Federal, em sede de exceção de pré-executividade, bastando, para tanto, o exame documental, como se depreende dos seguintes julgados:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – CDA – Incidência da taxa de juros de 0,13% ao dia, nos moldes da Lei Estadual nº 13.918/09 – Incidência afastada pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 – Necessidade de apresentação de novo cálculo do débito fiscal, utilizando-se, para tanto, a atualização pela taxa Selic – Preenchimento dos requisitos da CDA que permitem a continuidade da execução. Decisão mantida. Recurso negado*" (AI 2198567-21.2015.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Danilo Panizza, j. 10/11/2015);
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Exceção de pré-executividade acolhida pelo juízo de 1º grau para determinar à FESP que atualize o valor do débito, afastando a incidência da Lei nº 13.918/09, com aplicação da SELIC para todo o período – Determinação que corresponde ao decidido pelo Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, em 27/02/13 – Decisão mantida – Recurso não provido"* (AI 2178072-53.2015.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 10/11/2015);
>
> *"Agravo de Instrumento – Exceção de Pré-Executividade – Lei Estadual nº 13.918/2009 – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 julgada procedente em parte pelo Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo – Necessidade de limitar a fixação de juros ao valor da taxa Selic – Recurso não provido"* (AI 2183892-53.2015.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Aliende Ribeiro, j. 20/10/2015);
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Exceção de pré-executividade acolhida parcialmente para a exclusão dos juros de mora com base na Lei Estadual nº 13.918/09 – Pretensão de nulidade da Certidão de Dívida Ativa e alegação de que a multa é confiscatória – Descabimento – A adequação do título com relação à Taxa SELIC não acarreta a nulidade da CDA como um todo Artigo 150, IV, da Constituição da República que faz vedar tributo com efeito de confisco, e não multa – Decisão mantida – Recurso não provido"* (AI 2173674-63.2015.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, j. 20/10/2015).

Logo, revendo meu posicionamento anterior e aderindo à unidade na interpretação da matéria neste colegiado, atento, ainda, à corrente majoritária que

Acesso ao Sumário

se forma em outras câmaras deste Tribunal, tenho que, quando a incidência da Lei 13.918/2009 é incontroversa, é de rigor a determinação para apresentação de novos cálculos, excluindo-se os juros excessivos e aplicando-se o limite da taxa SELIC.

Observo também, que o advento da Lei nº 16.497/2017 não altera tal entendimento, pois esta norma permite a fixação de juros em patamar de 1%, nas frações de mês, o que supera a taxa Selic, indevidamente, como reconhecido por esta C. Câmara, no julgamento da Ap. nº 1001892-64.2020.8.26.0053, j. 15.9.2020.

Não há, por outro lado, iliquidez da dívida, a inviabilizar a propositura da execução fiscal. Basta a correção dos juros, para que a execução fiscal prossiga normalmente. Note-se, ainda, a presença dos requisitos formais essenciais da CDA, a autorizar o processamento da presente execução fiscal.

Assim, é de rigor o acolhimento da presente exceção, nesta execução fiscal, apenas para determinar correção do cálculo dos juros de mora, com exclusão da aplicação da Lei 13.918/2009 e aplicação da taxa SELIC.

Acolhida a exceção de pré-executividade reconhecendo-se o excesso de execução, os princípios da sucumbência e da causalidade impõem, a princípio, a condenação da Fazenda Pública Estadual, exequente e ora agravada, ao pagamento da verba honorária.

Neste sentido, é a orientação jurisprudencial do E. STJ:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 19, § 1º, DA LEI 10.522/02. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. 1. A Primeira Seção desta Corte no julgamento do ERESP 1.215.003/RS, DJe 13.04.2012, consolidou o entendimento que o disposto no art. 19, § 1º, da Lei 10.522/02, não se aplica a procedimento regido pela LEF. 2. O afastamento da condenação em honorários advocatícios previsto no art. 19, § 1º, da Lei 10.522/2002, refere-se às hipóteses em que a Fazenda houver reconhecido o pedido contra ela formulado. 3. É cabível o arbitramento de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública quando acolhida exceção de pré-executividade e extinta a execução fiscal por ela ajuizada. Precedentes. 4. Recurso especial não provido" (REsp 1368777/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 11/06/2013, DJe 19/06/2013);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS. CABIMENTO. É firme o entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré- executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos" (EDcl no AgRg no REsp 1319947/SC, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 06/11/2012, DJe 14/11/2012);

Acesso ao Sumário

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL EM AÇÕES DE PROTESTO JUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE. CABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE UBERLÂNCIA DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme quanto à necessidade de que os contribuintes sejam citados pessoalmente em ações de protesto judicial. A citação editalícia só é permitida se não obtiverem êxito as outras formas de citação.

2. Esta Corte já consolidou o entendimento de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes. 3. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA improvido" (AgRg no AREsp 154.225/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 28/08/2012, DJe 13/09/2012).

Por outro lado, para fixar o valor da verba honorária, outrossim, é preciso ter em conta, além do valor da causa, a natureza da ação, o labor, o zelo do profissional e o tempo exigido para o trabalho realizado.

Considerando-se, assim, as peculiaridades do caso e do trabalho realizado, buscando solução equitativa e proporcional, diante do proveito econômico obtido, a aguardar liquidação, aplica-se a regra geral o art. 85, § 3º, I, do CPC, fixando-se os honorários em 10% do valor da diferença apurada, atendidos os critérios do art. 85, § 2º.

A solução do recurso, porém, é de parcial provimento, pois o requerimento de compensação administrativa com pagamentos, para além de não argumentado nem demonstrado, também é incompatível com a execução fiscal.

Pelo exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3006771-74.2022.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada ROSA SOARES SANT ANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.998)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY RO-

Acesso ao Sumário

MANO DOS REIS (Presidente) e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

SILVIA MEIRELLES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Realização de cirurgia – Tutela de urgência deferida em primeiro grau – Pretensão de reforma – Possibilidade – Ausência do requisito legal do *periculum in mora* – Reforma da r. decisão – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 63 dos autos origem, que determinou "*a realização da cirurgia da autora em no máximo 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 300,00 até o limite de R$ 30.000,*00".

Sustenta a agravante, em síntese, que a cirurgia pleiteada é eletiva e não foi comprovada a urgência para a sua realização. Aduz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência. Alega que a agravada vem sendo atendida pela rede pública, aguardando a disponibilização de vaga na fila de espera, o que não demonstra qualquer omissão em realizar o atendimento. Subsidiariamente, aduz ser impossível o sequestro de verbas públicas ou imposição de multa diária, pois não foi demonstrada resistência ou desídia do Poder Público.

Assim, requer a reforma da r. decisão.

O efeito suspensivo foi concedido a fls. 21/23.

Contraminuta a fls. 32/35.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

O artigo 300, *caput*, do novo Código de Processo Civil, dispõe que:

"A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

O que se extrai do texto legal é que, para a concessão da tutela de urgência, pressupõe-se a existência da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

Conforme bem leciona o professor Cássio Scarpinella Bueno "*a despeito da conservação da distinção entre 'tutela antecipada' e 'tutela cautelar' no CPC de 2015, com importantes reflexos procedimentais, é correto entender, na*

Acesso ao Sumário

perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram igualados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada ('prova inequívoca da verossimilhança da alegação') seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente artificial. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a ***mesma probabilidade do direito além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo***." (*in* "Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC Lei n. 13.105", de 16-3-2015).

Assim, verifica-se que necessário se faz a presença de ambos os requisitos legais: probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o que não se verifica no presente caso.

Isto porque, da análise do relatório médico juntado a fls. 20 dos autos de origem, verifica-se que a agravada possui gonartrose grave do lado esquerdo e necessita "*de tratamento cirúrgico com artroplastia total do joelho esquerdo*", no entanto, não restou demonstrada a urgência na realização da cirurgia pleiteada.

Assim, não se mostra prudente, nesta fase processual, antecipar os efeitos da tutela sem antes oportunizar o contraditório e a ampla defesa da parte agravante, ressaltando-se que a concessão da tutela de urgência implica em irreversibilidade da medida, eis que a realização da cirurgia esgota o pedido em si.

Assim, ausente um dos requisitos autorizadores (*periculum in mora*) para a concessão da tutela de urgência, de rigor a reforma da r. decisão agravada.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões do decisum, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do NCPC (STJ. EDcl no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 - Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3006271-08.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados RAFAEL DE GUZZI NETO, JOSE ROBERTO RIBEIRO BUONGERMINO, LUIZA MARIA GOMES, MARIO JOSE DO BEM, MARLENE PEREIRA GOULART, PAULO FRANCISCO DA SILVA, JOSE FERNANDO DAMASCENO, RUBEN ROSARIO, SERGIO LUIZ GRITTI, TANIA MARA VESSI MOREIRA DE SOUZA LEITE, UBIRAJARA ELPIDIO DE MORAES, VILMA EUGENIO, MARGARETH SILVEIRA DA SILVA, EDSON FLAVRIO VERDURO, ADILSON VIEIRA, ANGELA LUCIENE COSTA BETTINI, BENEDITA MARIA ROCHA, BENEDITO CARLOS DIAS, EDSON APARECIDO TARGA, JOSE DOMINGOS NETO, EDSON PACIENCIA ARRAES, GENI DE FATIMA BELENTANI BRAZ, GLICIA MARIA BELLEMO CASSONE, HARUMI QUINTAO DE MENEZES COSTA e JOSÉ CARLOS CRESCIULO DE ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.647)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Decisão que afastou a aplicação da Lei Estadual nº 17.205/19, entendendo que a lei só se aplicaria a processos cuja sentença da fase de conhecimento transitasse em julgado após a edição da lei. Admissibilidade. Expedição de RPV que deve observar o teto de 40 salários mínimos, nos moldes da anterior Lei 11.377/2003, pois o trânsito em julgado, na espécie, ocorreu antes da vigência da lei nº 17.205/19. Consonância com o RE nº 729.107/DF, Tema 792, cuja tese de repercussão geral adotada pelo STF decidiu pela irretroatividade de lei que altera teto para RPV. Aplicação do art. 932, inciso III, "b" do CPC. Decisão mantida. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do

Estado de São Paulo (fls. 01/13) contra a r. decisão de fls. que entendeu que a lei estadual nº 17.205/19, que reduziu o valor das RPVs, só se aplicaria aos processos cuja decisão transitou em julgado após sua vigência.

A Fazenda, em suas razões, sustenta que o art. 2º da Lei 17.205/2019 determina a aplicação imediata da alteração do limite de RPVs no Estado de São Paulo, sendo que o art. 100, §2º da CF não faz nenhuma menção à aplicação da lei vigente à época do trânsito em julgado do título executivo. Aduz que a presente matéria se refere aos pagamentos de precatórios pelo critério da prioridade, razão pela qual, não se aplica o Tema 792 do STF. Pugna pelo provimento do recurso.

O pedido de liminar não foi acolhido (fls. 15).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 23/34.

É o relatório.

1. Trata-se de agravo contra decisão que, em cumprimento de sentença, entendeu que a lei estadual nº 17.205/19, que reduziu o valor das RPVs, só se aplicaria aos processos cuja decisão transitou em julgado após sua vigência.

Sustenta a Fazenda do Estado a necessidade de aplicação imediata da Lei Estadual nº 17.205/09, por se tratar de lei processual.

2. De início, **importante destacar que este Relator já sustentou posição diversa, mas agora se alinha com a posição adotada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, consoante determina o art. 932, inciso III, "b", do Código de Processo Civil.**

3. Com efeito, recentemente - 05/06/2020, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de repercussão sobre irretroatividade de lei que altera teto para RPV, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 729.107/DF, **Tema 792**, que restou assim decidido:

> Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 792 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para assentar a viabilidade da execução controvertida neste processo mediante o sistema que exclui o precatório, nos termos do voto do relator. Foi fixada a seguinte tese: "**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**". Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 29.5.2020 a 5.6.2020.

No mesmo sentido, a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI 5100, que analisava lei semelhante do Estado de Santa Catarina e onde foi definido, conforme decisão publicada no DJE de 06/05/2020:

Decisão: **O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta e jul-**

Acesso ao Sumário

gou parcialmente procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 2º da Lei nº 15.945/2013 do Estado de Santa Catarina, **de forma a excluir do âmbito de aplicação da lei as condenações judiciais já transitadas em julgado ao tempo de sua publicação, nos termos do voto do Relator**. Falaram: pelo requerente, o Dr. Tullo Cavallazzi Filho; pelo interessado Governador do Estado de Santa Catarina, o Dr. Weber Luiz de Oliveira, Procurador do Estado; e, peloamicus curiaeEstado de São Paulo, o Dr. Rodrigo Trindade Castanheira Menicucci, Procurador do Estado. Plenário, Sessão Virtual de 17.4.2020 a 24.4.2020.

4. Como se vê, a Lei Estadual nº 17.205/19, que reduziu o valor das RPVs, só deve ser aplicada aos processos transitados em julgados após a vigência da referida lei.

Consequentemente, deve ser expedida a RPV ao exequente, obedecendo ao teto de 40 salários mínimos, nos termos da Lei nº 11.377/2003, já que o trânsito em julgado foi certificado anteriormente à Lei Estadual nº 17.205/19, ou seja, em 2012 (fls. 268 dos autos do cumprimento).

5. A alegação de nulidade da decisão deve ser rejeitada, **pois é evidente que pode o magistrado, de ofício, conferir a regularidade do cumprimento de suas ordens**, incluindo as ordens de pagamento, como são os precatórios, RPVs e depósitos prioritários.

6. A tese de que o caso dos autos envolve depósitos prioritários e não pagamento de RPV, em nada socorre a recorrente, pois o tratamento dado deve ser o mesmo.

Neste sentido, precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça:

2036263-65.2021.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Averbação/Contagem Recíproca

Relator: Danilo Panizza

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 11/03/2021

Data de publicação: 11/03/2021

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Decisão que determina a aplicabilidade do novo limite previsto na Lei Estadual nº 17.205/2019 para fins de depósito prioritário do precatório – Irresignação – Cabimento – Título exequendo que transitou em julgado em período anterior à novel legislação – Inadmissibilidade da aplicação retroativa da lei – Ofensa à segurança jurídica – Prevalência da coisa jugada – Decisão reformada. Recurso provido.

2192458-15.2020.8.26.0000

Acesso ao Sumário

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Adicional por Tempo de Serviço
Relator: Oscild de Lima Júnior
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público
Data do julgamento: 27/11/2020
Data de publicação: 27/11/2020
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução contra a Fazenda Pública – Lei Estadual nº 17.205/19, que alterou o limite de OPVs no Estado de São Paulo de 1.135,2885 para 440,214851 UFESPs – Inconformismo diante de decisão que rejeitou a impugnação, mantendo a aplicação da Lei Estadual nº 17.205/019, uma vez com o advento da nova lei, o limite do depósito prioritário deve observar o novo teto – O trânsito em julgado do processo de conhecimento é o marco temporal para definição se o crédito é ou não de pequeno valor – Respeito à coisa julgada, à segurança jurídica e à irretroatividade da lei – Inteligência do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal – Trânsito em julgado do título judicial ocorrido antes da vigência da nova lei estadual – Aplicação, *in casu*, do limite previsto na legislação vigente à data do trânsito em julgado do título judicial – Entendimento que se aplica, inclusive, ao teto do depósito prioritário – Precedentes deste Egrégio Tribunal – Decisão reformada. Recursos providos.

7. A tese subsidiária também não pode ser acolhida.

Isto porque inviável aplicar o mesmo raciocínio para normas de natureza absolutamente distinta, a saber, lei e emenda constitucional.

Como é cediço e já decidiu o STF, **a força das normas constitucionais, inclusive as alterações decorrentes de emendas constitucionais, se sobrepõe inclusive a coisa julgada (como ocorreu com o teto remuneratório dos servidores)**, o que não ocorre com as leis ordinárias.

Logo, **inviável aplicar o mesmo raciocínio, como pretende a agravante em sua tese subsidiária, pretendendo a inaplicabilidade da EC 99/2017.**

De rigor, pois a manutenção da decisão agravada.

Isto posto, **conheço e nego provimento ao recurso**, ficando mantida a r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3006945-83.2022.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR - CBPM, são

Acesso ao Sumário

agravados LUCIA REGINA LOBANCO BEZERRA e THAISA LOBANCO TEOTÔNIO (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.072)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 24 de novembro de 2022.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Complementação de pensão. Diferenças reconhecidamente devidas. Natureza das diferenças devidas (remuneratória).

1. Decisão que homologou os cálculos apresentados sem os descontos de Imposto de Renda e Contribuição Previdenciária. Reforma. Diferenças devidas que ostentam caráter remuneratório. Precedentes desta Corte.

Decisão reformada.

2. Agravo de instrumento provido.

VOTO

I – RELATÓRIO

Cuida-se de **agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo** interposto em confronto à r. decisão de **fl. 198/199** que, nos autos do cumprimento de sentença proposto por **LÚCIA REGINA LOBANCO BEZERRA** E **ESPÓLIO DE THAISA LOBANCO TEOTÔNIO** em ação movida contra a **CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR**, homologou os cálculos ofertados pelo credor e determinou a expedição de ofício requisitório alimentar na modalidade precatório, consentânea aos valores globais, acrescendo o valor de 10% pela sucumbência na impugnação. **Inconformada** a agravante interpõe o presente recurso **(fls. 01/08)** e sustenta que sobre o valor devido às agravadas deve incidir a contribuição previdenciária e imposto de renda por se tratar de verba remuneratória e não indenizatória. Com relação à co-exequente Thaisa, a CBPM esclarece que não se opõe ao valor cobrado, com exceção do desconto devido a título de contribuição previdenciária (conforme esclarecido no tópico

anterior), o qual deverá incidir sobre o principal atualizado, no percentual de 11%, equivalendo a R$3.845,79. Com relação à co-exequente Lúcia aduz que ela somente adquiriu a condição de pensionista da SPPREV em **01.10.2010**, portanto, somente a partir de tal data é que foram feitos pagamentos à exequente a título de benefício de pensão por morte. Ademais, sustenta que pelos documentos juntados, bem como pelas informações fornecidas pela SPPREV não é possível concluir que a agravada Lúcia tenha levantado metade dos valores que foram depositados nos autos, competindo à exequente juntar aos autos prova de que recebeu a pensão por morte no percentual de 25% desde 08/2005. Assim, considerando o período reconhecido pela SPPREV (01/10/2010 a 01/02/2013), a CBPM entende devido o valor de R$ 19.482,37, até a data-base de 30/09/2021. Ainda, sobre o valor atualizado devido, deverá incidir desconto a título de contribuição de assistência médica (1%) no valor de R$ 131,69 e desconto de contribuição previdenciária (11%) no valor de R$ 1.448,64. Assim pretende a concessão do efeito suspensivo e, ao final, acolhimento do recurso para determinar a realização dos descontos legais obrigatórios mencionados e para acolher o valor apresentado na planilha anexa para a co-exequente Lúcia Regina de R$ 19.482,37, até a data- base de 30/09/2021. Ainda, sobre o valor atualizado devido, deverá incidir desconto a título de contribuição de assistência médica (1%) no valor de R$ 131,69 e desconto de contribuição previdenciária (11%) no valor de R$ 1.448,64. Subsidiariamente, que a exequente seja instada a apresentar documentação complementar, após o que seja concedida à executada nova oportunidade de manifestação sobre os cálculos apresentados.

Recebido o recurso e deferida a medida jurisdicional postulada **(fls. 207/210)**, sobreveio contraminuta às **fls. 217/225**. É o relatório.

II. FUNDAMENTO E DECIDO.

1. O recurso merece ser provido, mantida inalterada a r. decisão agravada.

2. Conforme se depreende da inicial tem-se que a agravante ingressou com a impugnação ao cumprimento de sentença proposto por **LÚCIA REGINA LOBANCO BEZERRA** e **ESPÓLIO DE THAÍSA LOBANCO TEOTONIO** em ação promovida em face da agravante que, ao final, reconheceu o direito das agravadas em majorar suas pensões para 100% do valor da pensão deixada pelo extinto convivente da primeira e genitor da segunda requerente, com retroação a 17.05.2010. Contudo, com a apresentação dos cálculos o MM. Juiz houve por bem homologar os cálculos sem observar a incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária que, no entanto, deverá ser reformada.

3. Inicialmente, importante considerar que os valores devidos referentes à diferença da pensão por morte ostenta caráter nitidamente remuneratório e não indenizatória como considerado pela decisão agravada. Os valores devidos

Acesso ao Sumário

extemporaneamente pelo ente público oriundo de título judicial não modifica a natureza para indenizatória, razão pela qual os descontos são devidos. Assim porque lídima a incidência do imposto de renda e contribuição previdenciária sobre as diferenças devidas na medida em que sua natureza jurídica ostenta feição salarial, reitere-se. Esta Corte, em situações similares:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – Servidor Público Municipal – Retenção dos valores a título de contribuição previdenciária sobre vencimentos e proventos a serem pagos – Natureza remuneratória dos valores cobrados Incidência dos descontos sobre a diferença devida mês a mês – Precedentes – Decisão reformada – Recurso provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2201578-48.2021.8.26.0000; Relator: Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/04/2022; Data de Registro: 27/04/2022);
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Pretensão da FESP à retenção de valores pertinentes à contribuição previdenciária e assistência à saúde Cabimento. Vencimentos suprimidos não perdem a natureza de remuneração. Ausência de insurgência do agravado. Precedentes. R. decisão reformada para determinar a realização de novos cálculos nos quais deve ser observada a retenção dos aludidos descontos. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 3000780-20.2022.8.26.0000; Relatora: Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/03/2022; Data de Registro: 24/03/2022);
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. INCIDÊNCIA DE DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. CONDENAÇÃO. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS DECORRENTES DOS ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO (QUINQUÊNIO). Natureza remuneratória da verba. Possibilidade de incidência dos descontos. Precedentes. Decisão mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2053834-15.2022.8.26.0000; Relator: José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/03/2022; Data de Registro: 22/03/2022);
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – GRATIFICAÇÕES GENÉRICAS – EXCESSO DE EXECUÇÃO – Decisão que acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, para determinar a realização de novos cálculos – Gratificações genéricas que importaram aumento de vencimentos, conforme decidido

Acesso ao Sumário

por esta C. Câmara – Natureza remuneratória da verba – Cabimento da realização de descontos de contribuição previdenciária e de assistência médica – Precedentes deste E. Tribunal – Decisão mantida – Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2201133-30.2021.8.26.0000; Relator: Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/01/2022; Data de Registro: 14/01/2022);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – Servidor Público Municipal – Retenção dos valores a título de contribuição previdenciária sobre vencimentos e proventos a serem pagos – Natureza remuneratória dos valores cobrados – Incidência dos descontos sobre a diferença devida mês a mês – Precedentes – Decisão reformada – Recurso provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2228621-57.2021.8.26.0000; Relator: Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/11/2021; Data de Registro: 29/11/2021);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença. Diferenças salariais – Servidora pública municipal – Desvio de função – Impugnação do executado – Incidência de descontos de imposto de renda e de contribuição previdenciária – Acolhimento. Pretensão de reforma – Possibilidade, em parte – Natureza remuneratória dos valores cobrados – Incidência dos descontos, todavia, sobre a diferença devida mês a mês e não sobre o total da condenação – Precedente - Parcial provimento do recurso." (TJSP; Agravo de Instrumento 2180268-83.2021.8.26.0000; Relatora: Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Hortolândia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/09/2021; Data de Registro: 21/09/2021).

4. Acrescente-se, ainda, que a agravante não se insurge contra o valor devido à agravada **Thaísa** e, no tocante ao calor executado por Lúcia Regina Lobanco Bezerra, verifica-se que ela objetiva o recebimento de diferenças de pensão por morte devidas desde 08/2005 até a data da implantação em folha de pagamento (03/2013). Contudo, consubstanciado em informações juntadas no cumprimento de sentença, oriundas do setor competente da autarquia previdenciária a qual se vincula a exequente (SPPREV), ela somente adquiriu a condição de pensionista da SPPREV em 01/10/2010, portanto, somente a partir de tal data é que foram feitos pagamentos à exequente a título de benefício de pensão por morte. Não desconhece a agravante que os documentos de fls. 81/83 demonstram que a exequente Lúcia ajuizou ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato em face da esposa do falecido (Deise Júlia Giavarotti Teotonio) e que foi concedida liminar naquele feito, para que cessasse o pagamento da pensão por morte diretamente à Deise, devendo o pagamento ser feito

Acesso ao Sumário

por depósito nos autos. Todavia, pelos documentos juntados, bem como pelas informações fornecidas pela SPPREV, **não é possível concluir que a co-exequente** Lúcia tenha levantado metade dos valores que foram depositados nos autos, competindo à agravada juntar aos autos prova de que recebeu a pensão por morte no percentual de 25% desde 08/2005, ônus processual que recai sobre ela por força do disposto no art. 373, I, do CPC. Como não o fez, deve arcar com as consequências, sendo-lhe devida a diferença de pensão por morte apenas a partir de 01/10/2010 (data em que começou a receber o benefício da SPPREV), salvo se demonstrar efetivamente que recebeu a pensão no percentual de 25% desde agosto de 2005, momento em que a agravante aceitará o valor devido conforme afirmado na inicial do agravo.

5. Assim a r. decisão agravada deve ser reformada para que seja determinada a realização de novos cálculos com a incidência dos descontos legais obrigatórios, bem como seja acolhido o valor apresentado na planilha para a co -exequente Lúcia Regina de R$19.482,37, até a data- base de 30/09/2021, salvo se o magistrado entender pertinente a apresentação de prova complementar, momento que deverá ser concedida oportunidade à agravante para nova manifestação porquanto não nega expressamente que foram efetuados depósitos em mencionados autos, mas relata que tais depósitos foram relativos à pensão por morte devida à Deise Júlia Giavarotti Teotonio (na proporção a que fazia jus anteriormente a 01/10/2010 - 50%), não sendo possível concluir desse fato que foi deferido o levantamento de metade do valor depositado à co-exequente Lúcia.

6. Ante o exposto, por meu voto, **dou provimento ao presente recurso, nos termos do voto.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2259107-88.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é agravado PAULO ROGERIO BORGES LINO.

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. VU.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.009)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), RICARDO GRACCHO e ALBERTO GENTIL.

São Paulo, 18 de novembro de 2022.
ANTONIO MOLITERNO, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – Exames complementares solicitados pelo perito judicial – Imposição do custeio à autarquia – Admissibilidade – Inteligência do art. 1º, II, da Lei nº 13.876/2019, incluído pela Lei nº 14.331/2022 – Jurisprudência firmada com base na legislação revogada (art. 8º, § 2º, da Lei nº 8.620/93) que pode continuar sendo aplicada, dada a redação da lei nova – Precedentes das 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público deste Egrégio Tribunal, com competência específica para demandas acidentárias contra o INSS.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento pelo INSS contra r. decisão proferida na ação acidentária movida por PAULO ROGERIO BORGES LINO (processo nº 1039241-33.2022.8.26.0053), que determinou o custeio, pela autarquia, dos exames complementares necessários à conclusão da perícia médica judicial, com base no art. 8º, § 2º, da Lei nº 8.620/93.

A autarquia alega que tal dispositivo foi revogado por norma posterior e, por outro lado, não merece a abrangência que foi dada em sua interpretação.

É o relatório.

Considero desnecessária a manifestação do agravado, considerando a solução a ser dada ao recurso, que comporta julgamento de imediato, não havendo prejuízo ao segurado.

A irresignação não prospera.

A determinação para o INSS antecipar os honorários periciais continua válida, pois a Lei nº 14.331, de 04 de maio de 2002 revogou o parágrafo 2º, do art. 8º, da Lei nº 8.620/93 e incluiu o inciso II no art. 1º da Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, destinada a regulamentar a matéria em demandas nas quais o INSS figure como parte.

O parágrafo 2º, do art. 8º, da Lei nº 8.620/93, dispunha:

O INSS antecipará os honorários periciais nas ações de acidente do trabalho. (Revogado pela Lei nº 14.331/2022)

O inciso II, do artigo 1º, da Lei nº 13.876/2019, por sua vez, dispõe:

Art. 1º (...)

II – nas ações de acidente do trabalho, de competência da Justiça Estadual, os honorários periciais serão antecipados pelo INSS. (Incluído pela Lei nº 14.331, de 2022)

(o destaque é meu)

Como se depreende, apesar de nova legislação regulamentar o tema, a disciplina permaneceu intacta nas ações de acidente do trabalho, sem qualquer alteração substancial.

Desta forma, continua sendo válida a orientação jurisprudencial consolidada na égide da legislação pretérita, onde adotada interpretação extensiva para considerar incluído o custeio com exames complementares.

A propósito, registro alguns precedentes das duas Câmaras de Direito Público deste Tribunal, com competência especializada para julgamento de demandas acidentárias contra o INSS:

AÇÃO ACIDENTÁRIA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – JULGAMENTO PREMATURO – NULIDADE DECRETADA – Ressonância magnética solicitada pela perita judicial – Determinação à autora de custeio do exame complementar – Despesas periciais que devem ser custeadas pela autarquia – Inteligência do disposto no artigo 8º, §2º, da Lei nº 8.620/93 – Decretação de nulidade processual – Baixa dos autos para reabertura da instrução processual e novo julgamento – Recurso provido.

(Apelação Cível 1000097-70.2015.8.26.0094; Relator: Antonio Tadeu Ottoni; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Público; Foro de Brodowski - Vara Única; Data do Julgamento: 22/09/2022; Data de Registro: 22/09/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Acidente do trabalho – Decisão que determinou ao INSS o pagamento de exames complementares solicitados pelo perito judicial para a conclusão do laudo – Possibilidade – Entendimento jurisprudencial – Interpretação extensiva do artigo 8º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.620/93 – Procedimento relativo a acidentes do trabalho que é isento do pagamento de quaisquer custas e verbas relativas à sucumbência – Decisão mantida – RECURSO DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento 2128285-11.2022.8.26.0000; Relator: Marco Pelegrini; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Acidentes do Trabalho; Data do Julgamento: 22/07/2022; Data de Registro: 22/07/2022)

ACIDENTE DO TRABALHO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXAMES MÉDICOS PERICIAIS – CUSTEIO A CARGO DA AUTARQUIA – CABIMENTO. O ônus pelo pagamento dos honorários periciais a cargo da autarquia deve ser interpretado de forma ampla, englobando-se

Acesso ao Sumário

aí as despesas com exames médicos, sendo estes indispensáveis ao completo diagnóstico do mal que acomete o obreiro, para que então se possa aquilatar sobre a necessidade ou não de reparação no âmbito infortunístico. Recurso provido.

(Agravo de Instrumento 2029639-63.2022.8.26.0000; Relator: João Negrini Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Público; Foro de São Caetano do Sul - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/06/2022; Data de Registro: 15/06/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Determinação de que o INSS arque com os ônus da realização de exames complementares, solicitados pelo perito judicial – Admissibilidade – Decisão mantida – Recurso improvido.

(Agravo de Instrumento 2053011-75.2021.8.26.0000; Relator: Alberto Gentil; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 10ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/03/2021; Data de Registro: 24/03/2021)

PROCESSUAL CIVIL – Exames complementares solicitados pelo perito judicial Imposição do custeio à autarquia – Admissibilidade – Inteligência do art. 8º, § 2º, da Lei nº 8.620/93 – Precedentes da 17ª Câmara de Direito Público, com competência específica para demandas acidentárias contra o INSS – Ressalvada, a título de observação, a opção do segurado apresentar três orçamentos relativos aos custos dos exames necessários, em lugares diferentes, para a autarquia efetuar o pagamento daquele de menor valor, a fim de possibilitar a concretização da medida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

(Agravo de Instrumento 2102479-42.2020.8.26.0000; de minha Relatoria; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 10ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/02/2021; Data de Registro: 25/02/2021)

Acidente do Trabalho – Agravo de instrumento – Autarquia – Necessidade de realização de exame complementar requisitado por perita judicial – Providência a cargo do INSS – Inteligência do art. 8º, § 2º, da Lei n. 8.620/93 – Recurso não provido.

(Agravo de Instrumento 2109015-06.2019.8.26.0000; Relator: Ricardo Gracchо; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 28/01/2020; Data de Registro: 30/01/2020).

Assim, de rigor a manutenção da r. decisão agravada, com alteração apenas do fundamento legal (art. 1º, II, da Lei nº 13.876/2019, incluído pela Lei nº 14.331/2022).

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, meu voto **nega provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3007151-97.2022.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante INSTITUTO DE PAGAMENTOS ESPECIAIS DE SÃO PAULO - IPESP, é agravado OSMAR SOUZA DE ABREU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.408)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e PONTE NETO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA nos autos da Ação Coletiva Nº 0002361-16.2009.8.26.0053 – Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Saúde do Estado de São Paulo – Prêmio de Incentivo à Produtividade e Qualidade (PIPQ) – Insurgência contra decisão que rejeitou a impugnação oposta pela Fazenda do Estado e determinou a incidência sobre o débito exequendo dos parâmetros fixados no Tema 810/STF – REFORMA DO DECISUM – CONSECTÁRIOS LEGAIS INCIDENTES SOBRE O DÉBITO – Respeito aos princípios da segurança jurídica – Título executivo judicial, há muito transitado em julgado, que expressamente determinou a incidência sobre o débito de correção monetária e juros moratórios no percentual do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, considerada a redação da Lei nº 11.960/09 – Inexistência de outros limites para a execução – Impossibilidade de rediscussão dos critérios expressamente fixados no título executivo transitado em julgado – Cumprimento de Sentença onde deve prevalecer a coisa julgada repre-

Acesso ao Sumário

sentada pelo título executivo constituído nos autos da ação de conhecimento – Inteligência do Tema 733/ STF – Impossibilidade de reconhecimento imediato de excesso de execução – Inadmissibilidade de fixação de honorários sucumbenciais ou recursais, ante a necessidade de realização de novo cálculo pelo Sr Contador Judicial – Recurso parcialmente provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, nos autos do cumprimento de sentença, Processo nº 1011215-78.2019.8.26.0037, ajuizado por Osmar Souza de Abreu, incidente na Ação Coletiva nº 0002361-16.2009.8.26.0053, ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Saúde do Estado de São Paulo - SindSaúde em face da Fazenda do Estado de São Paulo, insurgindo-se contra a r. decisão de fls. 399/400, ratificada à fl. 406 (autos principais), na parte que rejeitou a impugnação oposta pela Fazenda do Estado e determinou a incidência sobre o débito exequendo dos parâmetros fixados no Tema 810/STF.

Sustenta a Fazenda do Estado/agravante, em apertada síntese, excesso de execução ante o descumprimento do que disposto no título executivo transitado em julgado. Postula a concessão do efeito suspensivo, com o posterior provimento do recurso (fls. 01/03).

Deferido o efeito suspensivo, foram dispensadas as informações do mm. juiz da causa (fls. 05/06).

O agravante à fl. 14, peticiona não se opondo ao julgamento virtual.

O agravado ofereceu resposta (fls. 16/18).

É o relatório.

Ressalvada a convicção do mm. juiz da causa merece reforma a r. decisão agravada. Senão, vejamos.

Merece parcial reforma a r. decisão agravada.

Senão, vejamos.

Cuida-se de Cumprimento de Sentença constituída nos autos da Ação Coletiva nº 0002361-16.2009.8.26.0053, representada pelo v. acórdão de fls. 51/61 (autos principais), desta Relatoria, transitado em julgado em **13 de setembro de 2013** (fl. 71 – autos principais) e assim fundamentado:

"*Assim, para os servidores que se aposentaram em conformidade com as regras acima definidas, inevitável que sejam alcançados pelas previsões que admitem a paridade entre seus proventos e os vencimentos dos ser-*

Acesso ao Sumário

vidores em atividade, permitindo-se, com isso, a concessão do Prêmio de Incentivo devidamente limitado, ***acrescida a dívida de correção monetária e juros moratórios no percentual do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, considerada a redação da Lei nº 11.960/09, ainda que a ação tenha sido promovida antes da vigência desta última legislação****.*

Isto porque, a partir da decisão do STJ, exarada nos Embargos de Divergência no REsp nº 1.207.197-RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, julgados em 18/05/11, nenhuma *disceptação haverá acerca deste tema, na medida em que:*

1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator. 2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio tempus regit actum. Precedentes. 3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, ***tem natureza instrumental****, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes. 4. Embargos de divergência providos.*

Diante do exposto, o caso é de julgar ação procedente em parte para conceder aos autores o recebimento do prêmio de incentivo limitado a 50% (cinquenta por cento) do que recebem os servidores ativos, com os acréscimos legais, observada a prescrição quinquenal.

Ainda que julgada a ação procedente em parte, deve-se atentar para o que consta do art. 21, par. único, do CPC, carrear às requeridas a condenação das custas e despesas processuais, bem como na verba honorária fixada em 10% (dez por cento) do valor da condenação, por ser montante razoável.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao apelo do autor para julgar a ação procedente em parte e ***admitir a aplicação da Lei nº 11.960/09***" (fls. 51/61 dos autos principais) (g.n.).

Como se pode constatar da fundamentação acima transcrita, o v. acórdão exequendo expressamente determinou a aplicação da Lei nº 11.960/09 sobre a totalidade dos consectários legais, inexistindo outros limites para a execução ante o trânsito em julgado do título, há muito ocorrido (fl. 71, dos autos principais).

E justamente isso é o que deve ser cumprido pela Fazenda do Estado/executada, ora agravante.

Ora, iniciado o cumprimento de sentença, o acolhimento da tese de **incidência do IPCA-E sobre o *quantum debeatur*** implicaria em alteração de deci-

são que já transitou em julgado, o que se mostra descabido, ante a necessidade de respeito à coisa julgada, como previsto no artigo 502, do Código de Processo Civil/2015 e à fiel observância do título executivo:

> *"Não se admite qualquer execução que não fundada em título executivo, nem que dos seus limites extravase, seja para desbordar em agressão a bens diferentes dos referidos no título, seja para ir quantitativamente além (excesso de execução: v. CPC, arts. 741, inc. V, e 743). O título é que dá a medida da execução, considerando-se sem título a parte de uma execução que exorbite do que o título indica"* (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Execução civil, 4ª ed., SP: Malheiros, 1993, nº 299, p. 455);
>
> *"Para ser obedecida, não precisa estar escrita a regra de que a sentença deve ser executada fielmente, de modo que não se restrinja, ou amplie, sua genuína inteligência. Importaria infringência da coisa julgada, tanto alargar-se o decidido, em favor do exequente, como encurtá-lo em benefício do executado. Deve-se, portanto, executar fielmente e sentença pelo que nela estiver disposto, visto que é título formal, definitivo, em que não se pode incluir o que expressa, ou implicitamente, não se contenha em seu contexto"* (AMÍLCAR DE CASTRO, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, 3ª ed., SP: RT, 1983, nota 187, p. 132).

Assim, não obstante o decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 810, o que deve prevalecer é a coisa julgada representada pelo título executivo constituído nos autos de conhecimento, mormente porque, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ***leading case*** **RE 730462, Tema 733/STF**, fixou a tese com o seguinte teor:

> ***A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)*** (RE 730462, Rel. Ministro Ricardo Lewandowsk, j. 28.05.2015).

Desse modo, em obediência ao entendimento emanado pelo E. Supremo Tribunal Federal através do Tema 733, o Cumprimento de Sentença deve prosseguir com a estrita observância do título judicial, sendo certo que a possibilidade de rediscussão dos consectários legais incidentes sobre o débito já foi há muito coberta pela preclusão e pela coisa julgada e a revisão de decisões judiciais acarretaria a perenização dos processos, com reclamações sucessivas de cada parte, em ofensa frontal ao princípio da segurança jurídica.

Além do que, a regra processual disposta no artigo 505, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil/2015, não deixa dúvida de que "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide".

Por outra banda, inadmissível o reconhecimento imediato do excesso de execução, como quer a Fazenda do Estado, sendo imperiosa a **remessa dos autos ao Contador Judicial competente, para a realização de nova conta de liquidação que deverá observar os exatos termos do que decidido neste recurso.**

Nesse passo, considerando que o cumprimento de sentença terá prosseguimento para a elaboração de nova conta de liquidação pelo Sr. Contador Judicial, a fim de apurar a ocorrência ou não de excesso de execução, não há que se falar em fixação de honorários sucumbenciais ou recursais.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, com determinação.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027967-54.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes/apelados RODRIGO ALEXANDRE DA POSSE, VITÓRIA FRANCO DA POSSE (MENOR REPRESENTADO) e FRANCIMARA FRANCO DA POSSE, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS.

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, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.560)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), KLEBER LEYSER DE AQUINO e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 19 de outubro de 2022.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS, ESTÉTICOS E PERDAS E DANOS. PRETENSÃO

Acesso ao Sumário

DE REFORMA POR AMBAS AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE. Decisão recorrida cujos termos relativos ao mérito devem ser mantidos por seus próprios fundamentos (RITJSP, art. 252). Hipótese em que a autora sofreu acidente (perda do 5º pododáctilo) nas dependências da escola em virtude de buraco no escorregador situado no interior da escola. Falta de manutenção do brinquedo. Sentença mantida.

Recursos não providos.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais, morais, estéticos e perdas e danos ajuizada por Vitória Franco da Posse (menor representado por seus genitores Francimara Franco da Posse e Rodrigo Alexandre da Posse), em face da Prefeitura Municipal de Campinas, alegando, em síntese, que no dia 10.12.2019, encontrava- se dentro da EMEF Professor Ednei Gori, vindo a sofrer amputação instantânea do dedo mindinho do pé esquerdo. Aduz os genitores, que tiveram apenas a informação que a f ilha teria machucado o dedo do pé no escorregador no interior da escola e, ao chegarem ao local foram informados "que sua filha desceu do escorregador, enganchou o dedo mindinho do pé esquerdo num buraco que tem no escorregador, vindo a decepar o dedo".

Alegam que os gestores da escola não acionaram o SAMU e tão somente comunicaram os fatos e entregaram o pedaço do dedo da vítima em um copo plástico com gelo. Sustentam que levaram a criança ao Hospital Municipal Dr. Mario Gatti, onde foram atendidos e liberados, apenas fazendo um curativo, não podendo fazer o procedimento cirúrgico tendo em vista a demora nos primeiros socorros.

Requereram a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 150.000,00, danos estéticos no montante de R$ 150.000,00, danos materiais e perdas e danos em R$ 150.000,00 e pensão vitalícia, de pelo menos um salário mínimo mensal.

A r. sentença de fls. 145/147 julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a requerida a pagar à primeira requerente, indenização por danos morais, no valor de R$ 44.000,00 e indenização por danos estéticos, no valor de R$ 44.000,00; à segunda e ao terceiro requerente, indenização por danos morais no valor de R$ 44.000,00, todos valores monetariamente atualizados pelo IPCA-E desde a data da sentença e acrescido de juros moratórios nos termos da Lei 12.703/2012 a partir da data do fato. Em razão da sucumbência condenou o Município ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre

Acesso ao Sumário

o valor da condenação.

Apelaram ambas as partes.

A parte autora, visando a procedência integral dos pedidos (fls. 154/160) e o Município de Catanduva visando a improcedência total da ação (fls. 164/180). Os recursos foram respondidos (fls. 181/186 e 189/200).

Parecer da Procuradoria de Justiça, opinando pelo não provimento dos recursos (fls. 208/213).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Havendo relação entre as ações de agentes públicos e eventos danosos, a despeito de relação formal e contratual entre as partes envolvidas, a própria constituição federal vigente prevê expressamente acerca da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (art. 37, § 6º).

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 art. 37, § 6 º:

> *"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. Essa é a responsabilidade objetiva do Estado.

Acesso ao Sumário

No que tange à responsabilidade subjetiva, todo aquele que cometer ato ilícito (violar direito e causar dano a outrem), por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a repará-lo, desde que não tenha agido em legítima defesa ou, proporcionalmente, no exercício regular de um direito reconhecido, ou a fim de remover perigo iminente, nos limites do indispensável (CC. arts. 186 a 188 e 927, *caput*).

Tais regras aplicam-se, nos mesmos termos, mesmo quando o dano seja exclusivamente moral (CC. art. 186).

Nesses termos, "o autor de ato ilícito (CC. arts. 186 e 187) terá respon-

sabilidade subjetiva pelo prejuízo que, culposamente, causou, indenizando-o, inclusive os prejuízos advindos de infração a deveres familiares. Logo, seus bens ficarão sujeitos à reparação do dano patrimonial e/ou moral causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, por meio de seus bens, de tal modo que ao titular da ação de indenização caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo, e o que pagar a indenização terá direito regressivo contra os demais para reaver o que desembolsou." (Maria Helena Diniz, *Código Civil anotado*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 715).

Desse modo, no caso de omissão da Administração Pública, a responsabilidade é subjetiva e depende da apuração da culpa, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia.

Por seu turno, o ressarcimento dos danos material e moral dependem 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 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).

Para fins de condenação, é necessário que estejam presentes todos os elementos da responsabilidade civil, a saber: conduta, nexo causal e dano. São estes os elementos da responsabilidade civil.

No presente caso, a autora sofreu acidente nas dependências da escola em virtude de buraco no brinquedo "escorregador" situado no interior da escola, local este o qual é acessível para todas as crianças.

Consoante salientado na r. sentença, "*o fato evidencia a deficiente manutenção dos equipamentos da escola, ensejando, por si, a responsabilidade do ente público, sem que necessariamente se cogite de culpa de qualquer servidor*

Acesso ao Sumário

em particular, mas tão somente de ineficiência na prestação do serviço público ("faute du servisse"). A respeito da conduta dos servidores da escola, o relatório que instrui a própria inicial informa que " a direção da escola tentou o contato com o SAMU e mais uma vez não atendeu". Não se vislumbra, pois, desinteresse ou negligência dos servidores públicos – o que, como visto acima, não afasta a responsabilidade objetiva do poder público, devendo contudo ser considerado na fixação da indenização".

O arbitramento da indenização por dano moral deve ser feito com moderação, tendo em vista a natureza do dano, suas consequências na vida e nas condições econômicas das partes.

Há, assim, que observar o princípio da lógica do razoável, ou seja, "*importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes*" (Sérgio Cavalieri Filho, *Responsabilidade Civil*, p. 116).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça vem firmando orientação no sentido de que "*a indenização pelo dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios 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, considerando-se que o autor, em decorrência do acidente, teve perda do 5º pododáctilo e que as pessoas têm direito à sua integridade física e estética, a r. sentença corretamente fixou a indenização em danos estéticos.

Por seu turno, a considerar os infortúnios pelos quais sofreu a autora, não há nenhum manifesto exagero ou miniaturização na manutenção do valor arbitrado pela r. sentença a título de dano moral.

Portanto, não vislumbrada verossimilhança nas razões recursais, de rigor a manutenção dos termos da r. sentença como proferidos.

Com efeito, os honorários advocatícios fixados em primeiro grau ficam majorados, sob os mesmos parâmetros, em 2%, com fulcro no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil e ao trabalho adicional realizado em grau recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004261-69.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, são apelados MARLUCE RODRIGUES CONCEIÇÃO DE MOURA (E OUTROS(AS)), MARÍLIA CONCEIÇÃO DE MOURA DA SILVA e SÉRGIO CARLOS DE MOURA.

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 23.693)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 22 de outubro de 2022.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Ação Indenizatória – Danos morais decorrentes da falha na prestação do serviço funerário pelo Município de Guarujá (troca de corpos) – Ilegitimidade ativa não configurada – Demonstração no caso concreto da existência de vínculo afetivo a possibilitar a postulação de reparação por terceiro (genro) – Comprovado fato constitutivo do direito dos autores, não se desincumbiu o réu do ônus do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil – Responsabilidade do Município demonstrada – Indenizações devidas e corretamente fixadas – Juros e correção monetária fixados em conformidade com as teses fixadas no RE nº 870.947/SE (Tema nº 810) e no REsp nº 1.492.221/PR (Tema nº 905) – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação proposta por **Marluce Rodrigues Conceição de Moura, Sérgio Carlos de Moura e Marília Conceição Moura da Silva** em face do **Município de Guarujá**, em que postulam o pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada um dos autores, decorrentes da constatação de que o corpo levado para velório não era de Maria

Acesso ao Sumário

José Rodrigues da Conceição, mãe, sogra e avó, respectivamente, dos coautores, mas sim de pessoa que não conheciam.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o Município de Guarujá no pagamento de indenização, a título de danos morais, no importe de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais) para a coautora Marluce, de R$ 12.000,00 (doze mil reais) para o coautor Sérgio e de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para a coautora Marília, a serem acrescidos de correção monetária pelo IPCA-E desde a fixação e juros de mora calculados pelo índice de remuneração da caderneta de poupança a contar da data do evento. Em razão da sucumbência determinou que o réu arcasse com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação (f. 189/195).

Inconformado apela o réu na busca da inversão do julgado. Arguiu preliminar de ilegitimidade ativa do coautor Sérgio, genro da falecida, sob o argumento de que a declaração unilateral de suposta estima decorrente de convivência necessária por prolongado período não é capaz de demonstrar o preenchimento do requisito de afeto e proximidade necessários para que terceiros possam postular indenização. Sustenta que não há nos autos comprovação de existência dos danos morais relatados, bem como que não há conduta municipal apta a ensejar sua condenação. No mais, questiona os valores fixados a título de indenização e o termo inicial dos juros de mora fixados, postulando, de forma subsidiária, a redução do quantum indenizatório e a incidência de juros moratórios desde a data em que arbitrada a indenização.

Recurso processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Presentes os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, recebo em seus regulares efeitos a apelação interposta.

Não prospera a preliminar de ilegitimidade ativa arguida pelo Município de Guarujá, posto que, conforme já expresso na r. sentença apelada, a oitiva das testemunhas arroladas demonstra que o coautor Sérgio possuía vínculo direto com a falecida Maria José, tendo residido no mesmo imóvel que ela por mais de duas décadas.

Há que destacar ainda o fato de que Sérgio era o responsável por levar Maria José às consultas e aos procedimentos necessários para o tratamento de neoplasia que ela estava sendo submetida, bem como que participou ativamente de todo o ocorrido, acionando a autoridade policial, circunstâncias que revelam a existência de vínculo afetivo suficiente para a postulação de indenização.

Ademais, o réu não trouxe aos autos elementos capazes de infirmar o fato de que a relação entre ambos se resumia a mero parentesco entre sogra e genro sem vínculo afetivo, de modo que não há razão para a exclusão de Sérgio da

Acesso ao Sumário

lide.

O artigo 37, §6º da Constituição Federal dispõe sobre a responsabilidade objetiva da Administração e das prestadoras de serviços públicos:

> *"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."*

Referido dispositivo legal não adotou o princípio do risco integral, e sim a teoria do risco administrativo, pela qual o lesado não precisa demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em face de ato danoso causado por seus agentes.

Cabe a responsabilização do Estado não só pela ação, mas pela omissão de seus agentes. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "*a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos"* (Direito Administrativo, Atlas, 17ª Ed., 2004, p. 548).

Este Tribunal tem decidido que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa (ou dolo) caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão de responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame for licita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade for ilícita ou em virtude de *faute du service*), cfe. ap. n.º 143.580-5/8-00, São Paulo, rel. Des. Soares Lima, j. 22.04.2004, JTJ 282/173.

No que se refere ao ônus da prova estabelecido nos incisos I e II do artigo 373 do Código de Processo Civil (cuja redação corresponde na íntegra, ao disposto nos incisos I e II do artigo 333 do CPC/73), ensina Cassio Scarpinella Bueno que:

> "*O 'ônus da prova' deve ser entendido como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra 'ônus' relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente.*
>
> *De acordo com o art. 333, I, o ônus da prova é do autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. Fato constitutivo é o suporte fático a partir do qual pretende o autor a tutela jurisdicional de seu direito. Ele é extraído da 'causa de pedir' (v. n. 6 do Capítulo I da Parte II).*

Acesso ao Sumário

O inciso II do art. 333 impõe ao réu o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. São os novos fatos que o réu pode, em contestação, alegar em detrimento da posição jurídica sustentada pelo autor e que, uma vez acolhidos, têm o condão de levar à rejeição do pedido de tutela jurisdicional tal qual formulada pelo autor. (...)"[1]

Os autores imputam ao Município de Guarujá falha na prestação do serviço realizado pelo serviço funerário municipal decorrente da troca de corpo de pessoas falecidas.

O réu, por sua vez, afirma que não há dano moral a ser indenizado no presente caso, sob o argumento de que não comprovada a existência e extensão do prejuízo afirmados pelos autores, defendendo que o abalo emocional girou em torno tão somente da perda do ente familiar.

Os autores, no entanto, lograram êxito em comprovar que foram surpreendidos por ocasião do velório, que deveria ser de Maria José, pela presença de corpo que lhes era estranho e que vestia as mesmas roupas que foram entregues ao serviço funerário para que fossem colocadas no ente familiar em questão, fato que, aliás, é incontroverso já que a Municipalidade não nega sua ocorrência.

Neste contexto, os argumentos do Município réu não são capazes de afastar o nexo de causalidade e sua responsabilidade no caso concreto, posto que não se desincumbiu do ônus estabelecido no inciso II do artigo 373 do CPC, ou seja, de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores.

Até porque, sua responsabilização independe da aplicação da responsabilidade objetiva, vez que está caracterizada a falha do serviço, conforme explicado por RUI STOCO:

"A responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame foi lícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de faute du service" (TJSP 1ªC Ap. Rel. Des. Renan Lotufo – j.21.1293 - RJTJSP 156/90) (Tratado de Responsabilidade Civil, R.T. 2007, 7ª edição, pág. 1.001).

E neste particular destaca-se o expresso no r. sentença no sentido de que:

"É evidente que no caso dos autos houve falha na prestação dos

Acesso ao Sumário

1 *Curso sistematizado de Direito Processual Civil – Procedimento comum: ordinário e sumário*, Tomo I, ed. Saraiva, 7ª ed., 2014, pp. 255-256.

serviços fato incontroverso e que que tal falha causou extremo constrangimento aos Requerentes que, parentes muito próximos à de cujus, constataram que ali, em seu velório, não era seu corpo que estava presente, mas o de oura pessoa absolutamente desconhecida vestida com suas roupas.

Isso tudo ocorreu em momento extremamente sensível para os presentes, em especial para os Requerentes, envolvidos emocionalmente com a falecida. E embora a situação tenha sido resolvida e contornada no mesmo dia, é certo que tornou muito mais traumático o luto.

E aqui, no caso dos autos, não comprovou a Requerida qualquer razão plausível para o ocorrido, sendo evidente que o serviço prestado não atendeu a mínima qualidade esperada (...)" (f. 192)

Nestes termos, "é evidente que a angústia e o sofrimento impostos à família em momento de muita dor e fragilidade não pode ser classificado como mero inconveniente ou transtorno corriqueiro", cujo "sofrimento pela perda (...) foi desnecessariamente exacerbado por uma *falha lamentável*" (9ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 1044536-56.2019.8.26.0053 – Rel. Des. Décio Notarangeli – j. 24.06.2020).

A questão trazida nesta demanda também já foi objeto de análise por esta Colenda 1ª Câmara de Direito Público no julgamento, em 21.08.2018, da Apelação Cível nº 0002257-42.2008.8.26.0511, em que Relator o Eminente Desembargador Vicente de Abreu Amadei, em que decidido em caso assemelhado que:

"Tal desleixo para com a memória de um ser humano é inaceitável aos olhos de nossa sociedade".

Assim, houve falha do serviço. E, de fato, a situação a que foram submetidos os autores, de indiscutível sofrimento e constrangimento, em razão da conduta negligente e ineficaz dos prepostos dos corréus Hospital e Estado de São Paulo, deixam claro os danos morais suportados, que vão muito além de meros aborrecimentos da vida cotidiana, e, assim, deve suportar patrimonialmente as consequências de seus atos lesivos".

Neste contexto, demonstrada a falha na prestação do serviço funerário prestado pelo Município de Guarujá, que trouxe ao velório de Maria José (mãe, sogra e neta, respectivamente dos autores) corpo de outra pessoa que vestia as roupas entregues pela família para a ocasião, há de se verificar a prova e extensão dos danos a serem reparados.

Assim, para a fixação do valor referente aos danos morais, há que ser observada a proporcionalidade da verba, sopesados o sofrimento dos autores e a circunstância de que a verba indenizatória não deve ser fixada em valor vil ou inexpressivo, mas também não deve ser transformada em fonte de enriquecimento, a fim de descaracterizar sua finalidade.

Desse modo, dadas as consequências do evento danoso e considerados

Acesso ao Sumário

os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se que a verba indenizatória no valor de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais) fixada para a coautora Marluce, no de R$ 12.000,00 (doze mil reais) para o coautor Sérgio e no de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para a coautora Marília, se mostra adequada às circunstâncias específicas do caso concreto.

Por fim, correta a r. sentença ao consignar que sobre as quantias em questão é devida a correção monetária nos termos da Tabela Prática deste Egrégio Tribunal de Justiça (IPCA-E), a partir da data do arbitramento nos termos da Súmula nº 362 do C. STJ[2], e os juros moratórios nos termos do índice de remuneração da caderneta de poupança desde o evento danoso conforme Súmula nº 54 também do C. STJ[3], o que dá cumprimento às teses fixadas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração opostos no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema nº 810) e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.492.221/PR (Tema nº 905).

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantida a r. sentença que deu correta solução à demanda.

Com o não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) do valor da condenação, já consideradas as fases de conhecimento e recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso interposto pelo **Município de Guarujá** nos autos da ação proposta por **Marluce Rodrigues Conceição de Moura e outros** (Processo nº 1004261-69.2021.8.26.0223 – Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarujá, SP).

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Resultado do julgamento: negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009988-19.2018.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante NAIR BISPO DOS SANTOS LANGUE, são apelados CÂMARA MUNICIPAL DE ITU e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

2 A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

3 Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.128)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 25 de outubro de 2022.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO OFICIAL PARA FINS PARTICULARES. Demandada que, na condição de vereadora da Câmara Municipal de Itu, realizou viagens com fins exclusivamente particulares, utilizando-se de veículo oficial, combustível e valores pagos pelo erário. Configurado o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inc. IV, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 14.230/21. Dolo comprovado. Penalidade aplicada na r. sentença que observa os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ação julgada procedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Nair Bispo dos Santos Langue, inconformada com a r. sentença que julgou procedente a ação (fls. 1265/1275), interpôs recurso de apelação.

Afirma que a improbidade administrativa não se confunde com a mera ilegalidade ou irregularidade. Alega que as testemunhas arroladas não demonstraram a prática relatada pelo autor. Diz que o veículo era usado para atender a necessidade do mandato e buscar relações com cidades e pessoas para aprimorar projetos de lei. Argumenta que a condenação por improbidade administrativa exige a comprovação dos fatos e do agir intencional do agente. Invoca o artigo 373, inc. II do Código de Processo Civil. Aduz que, ao caso, se aplicam as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021. Diz que deve ser comprovado o dolo específico. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 1287/1294).

Com as contrarrazões do Ministério Público (fls. 1299/1305), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 1316/1321).

É o relatório.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a presente ação civil

Acesso ao Sumário

pública, por ato de improbidade administrativa, em face de Nair Bispo dos Santos Langue, alegando que, durante o mandato de vereadora, entre 2013 e 2016, fez uso de veículos oficiais da Câmara de Vereadores de Itu para uso particular, sem necessário requerimento e autorização da Câmara de Vereadores de Itu.

Pretende, por meio da presente ação, obter a condenação da requerida "pela prática de ato de improbidade administrativa que gerou enriquecimento ilícito, em prejuízo ao erário, nas sanções previstas no artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.492/1992, especificamente, diante da proporcionalidade à gravidade das reiteradas condutas." (fls. 8).

A r. sentença julgou "PROCEDENTE o pedido para RECONHECER a prática de ato de improbidade administrativa, consistente em utilizar em serviço particular, bem móvel, o qual estava à disposição da ré. Por consequência, APLICO à ré, as seguintes sanções: 1) suspensão dos direitos políticos por 08 (oito) anos, considerando a prática reiterada da irregularidade, nos dois mandatos; 2) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo 08 (oito) anos. Condeno a ré no pagamento das custas e despesas processuais. Deixo, porém, de condená-la ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto o Ministério Público está impedido de recebê-los, a teor do disposto no art. 128, §5°, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal. Após o trânsito em julgado, comunique-se o Tribunal Regional Eleitoral e inclua-se o nome da ré no CNCIAI/CNJ - Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa." (fls. 1274).

Não assiste razão à recorrente.

Desponta dos autos que a demandada exerceu mandato de vereadora da Câmara Municipal de Itu, no período de 2009 a 2012 e de 2013 a 2016.

O Ministério Público instaurou o inquérito civil nº 14.0306.0000217/2018-6, após a denúncia do munícipe Orlando Antônio Pinho, com a finalidade de investigar eventual uso indevido de veículos oficiais da Câmara de Vereadores de Itu por parte da ré.

Acesso ao Sumário

Conforme apurado pelo Ministério Público, Nair Langue, enquanto no exercício do mandato de vereadora, realizou diversas viagens com veículos oficiais, para fins particulares. Nas ocasiões, a ré solicitava autorização para utilizar o carro para determinado destino, mas na realidade se dirigia para outro, onde visitava parentes, fazia compras e realizava compromissos do partido político do qual era diretora.

Das diversas viagens realizadas, o autor da ação destacou as seguintes, que estão descritas na r. sentença:

"1. Nos dias 11/01/2016, 28/03/2016 e 11/08/2016, o assessor da ré, Sr.

Vitalino Ramos Rios, conduziu pacientes em tratamento para o Hospital de Jaú. Os horários de saída e retorno não correspondem com os de expediente dos órgãos públicos (fls. 16, 24/25, 26/27, 28/29);

"2. Nos dias 25/05/2016 e 31/05/2016, os veículos foram solicitados para cidade de Bauru, porém, conforme consta no diário de bordo do veículo, o destino foi a cidade de Promissão. O assessor Vitalino Ramos Rios deixou os familiares da ré para férias, retornando dias depois para buscá-los (fls. 22/23);

"3. No dia 30/06/2016, a solicitação foi para cidade de Itápolis, porém o destino foi compras com familiares na cidade de Ibitinga (Itápolis teria uma distância de 230 km, porém, foram percorridos 680 km – fls. 19/20);

"4. No dia 30/08/2016, o veículo foi solicitado para cidade de Avaré, sendo utilizado para compras de materiais para campanha política (fls. 30/31)." (fls. 1268).

Foram juntados aos autos relatórios de controle de utilização de veículos, com descrição da data, destino, quilometragem rodada e horário utilizado; planilhas de bordo; solicitações de uso do carro e relatórios de entrada e saída dos veículos (fls. 16/42, 138/662 e 663/991).

A Câmara Municipal dispunha de motoristas concursados para as viagens, entretanto, a ré não utilizava os profissionais da Casa Legislativa. A maioria das viagens era realizada pelo assessor parlamentar da demandada, Sr. Vitalino Ramos Rios. Em outras situações, a própria apelante conduzia o veículo, ou alguma das outras assessoras.

O Sr. Vitalino Ramos, em sede administrativa, informou que: era o braço direito da vereadora e ele quem dirigia os veículos oficiais; assinava as planilhas onde constavam as quilometragens, os horários e os destinos, que eram preenchidas pelas assessoras Marilene Godoy e Rosângela Cassabian; pode ter ocorrido de a autorização constar Bauru, mas na verdade dirigia para cidades vizinhas; a maior parte dos eventos era do partido PRB, já que a Nair era diretora do partido, e em algumas outras vezes, tinha compromisso como vereadora (fls. 69/70). Em juízo, afirmou que: era assessor parlamentar da ré; as solicitações dos veículos oficiais da Câmara ao Presidente eram preenchidas pelas assessoras; levava familiares da vereadora em viagens para outras cidades, mas, nessas ocasiões, a vereadora acompanhava, pois participava de eventos na região; já levou a vereadora e a mãe dela; já levou uma pessoa para tratamento médico em Jaú, a pedido da vereadora, com autorização do Presidente da Câmara (fls. 1272).

A assessora Rosângela Kasabian, na fase de inquérito, relatou que: os compromissos externos de Nair eram em função da Presidência do Partido; não se recorda de ter dirigido os veículos oficiais; não se recorda se se Bauru é próximo a alguma liderança do partido (fls. 130). Em juízo, ratificou as declarações

Acesso ao Sumário

anteriormente apresentadas, acrescentando que não sabe a respeito de uso de veículos oficiais para fins particulares (fls. 1141/1142).

A assessora Marilene Aparecida de Godoy Vieira, na fase inquisitiva, informou que: a ré utilizava os carros da Câmara Municipal para levar munícipes para hospitais e atendimentos médicos; as viagens para outras cidades eram para compromissos do partido, parlamentares e pessoais; Nair é natural de Promissão, e algumas vezes o Sr. Vitalino levava a mãe da vereadora para a cidade para passar férias, depois voltava para buscar; às vezes faziam ofício indicando uma cidade, mas acabavam indo para outra e que "isso acontecia quando se sabia que o Presidente não iria autorizar a viagem para o destino efetivo"; usavam o carro oficial para buscar material publicitário e santinhos em gráficas; em 2015 foram diversas vezes para São Paulo, para compromissos partidários; a mãe de Nair vende enxovais e algumas viagens foram feitas para Ibitinga com a finalidade de compras de materiais da genitora, mas no registro de bordo colocavam Itápolis, pois a cidade possui sede do partido (fls. 97/99). Em juízo, a testemunha foi ouvida como informante e relatou que: durante o primeiro mandato da vereadora, não havia nenhum controle a respeito da utilização dos veículos; no segundo mandato, após determinação do Tribunal de Contas, passaram a controlar, sendo necessária a requisição, com informações do local de destino, quilometragem de saída e retorno e motivo da viagem; a prática de utilização de veículos para fins particulares era corriqueira na Câmara; o veículo era utilizando constantemente para levar fiéis da igreja e pastor a locais diversos; a igreja era o reduto eleitoral da ré; o veículo também foi utilizado para viagens, academia e compras em shoppings populares de São Paulo (fls. 1167/1168).

Assim, os documentos apresentados e a prova oral comprovam que a ré realizou viagens com veículo oficial da Câmara dos Vereadores, para fins particulares, apresentando falsos relatórios, com deslocamento para locais diversos daqueles efetivamente requisitados.

Por diversas vezes, a ré realizou viagens desprovidas de interesse público, vez que se deslocava para participar de eventos da diretoria do partido, levar membros de igreja e outros munícipes para tratamentos de saúde, levar familiares para passar férias em outras cidades, e até para realizar compras pessoais.

Daí se conclui que a demandada efetivamente utilizou-se de veículo oficial e de dinheiro público (despesas com combustível, pedágio, servidor público), para as mais diversas finalidades particulares de interesse da vereadora, em evidente desrespeito no trato da coisa pública.

É certo que a condenação por improbidade administrativa exige a demonstração do dolo do agente, nos termos do artigo 1º, § § 1º e 2º da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/21:

"Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade admi-

Acesso ao Sumário

nistrativa tutelará a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente."

À evidência, a utilização do bem público, com alterações de destinos e preenchimento de relatórios falsos, por aquele de quem mais se espera zelo com o dispêndio dos recursos públicos, evidencia o seu agir voluntário, ensejando o dolo. Não há dúvidas de que a ré sabia que a autorização de uso de veículos oficiais se destinava ao atendimento de compromissos ligados ao cargo. Sabia também da proibição de utilização dos carros oficiais para fins particulares, tanto que falseava o local de destino e o real motivo das viagens.

Conforme bem ressaltado pelo d. Promotor de Justiça oficiante, "o dolo da agente política era tamanho que, ciente de que os destinos das viagens não tinham qualquer relação com alegados assuntos parlamentares, chegava a falsear o destino correto, apontando para local onde supostamente houvesse Câmara Municipal ou sede partidária. Conforme narrativa da assessora Marilene: 'às vezes acontecia de fazer ofício indicando uma cidade, mas acabava indo para outra cidade. Isso acontecia quando se sabia que o Presidente não iria autorizar a viagem para o destino efetivo. Se houvesse Câmara Municipal ou sede do partido do vereador, era pedido autorização para a viagem, caso contrário, era indicado outro Município'" (fls. 1244)

Assim, vislumbra-se a prática pela demandada do ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 9º, inciso IV, da Lei nº 8.429/92, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, segundo o qual "constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [...] IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades", sujeitando seus agentes às penas previstas no inciso I do artigo 12 da referida lei.

As sanções impostas foram fixadas com a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, dentro dos parâmetros legais.

Acesso ao Sumário

Neste sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça: "APELAÇÕES. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Município de Capivari. Utilização, por vereadores, de veículo oficial da Câmara Municipal para acompanhar evento político-partidário de pré-candidato ao governo do Estado de São Paulo. Parcial procedência. Pretensão de inversão do julgamento. Possibilidade, em parte. Prova suficiente de que os réus se utilizaram do veículo oficial em proveito próprio. Alegação de viagem a trabalho contraditória. Ato de improbidade administrativa configurado. Violação aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Aplicação dos arts. 9º, IV e 11, caput, da Lei nº 8.492/92. Dolo bem evidenciado. Precedentes. Exacerbação na fixação das penas. Necessidade de adequação. Observância do princípio da proporcionalidade. Recursos parcialmente providos". (Apelação Cível nº 1001845-10.2016.8.26.0125; Rel. Dra. Maria Olívia Alves; 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 29/04/2019).

"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Município de Mairinque. Uso de carro oficial para fins particulares por parte de representantes do legislativo municipal. Registros de viagens colacionados nos autos pelo autor que foram corroborados pela prova testemunhal colhida em juízo. Alegações de que os deslocamentos se deram no estrito cumprimento do mandato, assim como que particulares foram transportados nos veículos a título de carona, que não foram devidamente comprovadas. Prescrição afastada. Condenação dos réus pelas condutas tipificadas no art. 10, incisos XI, XIII e art. 11, da Lei nº 8.429/92. Prejuízo ao erário e violação a princípios da Administração Pública. Sanções corretamente aplicadas. Recursos de apelação não providos" (Apelação Cível nº 3003042-14.2013.8.26.0337; Rel. Dr. Luís Francisco Aguilar Cortez; 1ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 26/02/2019).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001790-42.2020.8.26.0441, da Comarca de Peruíbe, em que é apelante RUBENS MURILO AIRES PRADO, é apelado MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE PERUÍBE.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. sustentaram oralmente o Doutor Alexandre Giordani Ribeiro de Pinho e o Doutor Sérgio Martins Guerreiro.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 27 de outubro de 2022.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Peruíbe. Jardim Itatins. Rio Preto. Área pública. Área de preservação permanente. Risco de inundação. Desocupação. Demolição. –

1. Cerceamento de defesa. Documentos novos. Os documentos acostados aos autos com a réplica repisam questões já abordadas nos relatórios que instruem a inicial. Os elementos acrescidos não foram preponderantes ao deslinde da controvérsia, não havendo vício pela ausência de intimação do réu para que sobre eles se manifestasse. Preliminar rejeitada. –

2. Cerceamento de defesa. Dilação probatória. O juiz pode indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias sem que isso configure cerceamento de defesa (CPC, art. 370, parágrafo único). As justificativas dadas pelo réu não denotam imprescindibilidade das provas testemunhal, pericial e documental por ele requeridas. Preliminar rejeitada. –

3. Área pública. Desocupação. Demolição. O réu ocupa área pública (Área Verde A do loteamento Jardim Itatins) situada nas proximidades do Rio Preto, ambientalmente protegida e com elevado risco de inundação. Tratando-se de bem público que não comporta posse, mas apenas detenção, é irrelevante o fato de ocupá-lo há anos e de administrações municipais anteriores terem concedido alvará para operação de serviços turísticos no local. Ainda que o imóvel esteja situado em área servida por melhoramentos e equipamentos públicos, não há possibilidade de regularização das construções. A demolição encontra respaldo no art. 46 da LCM nº 123/08, o Código de Obras e de Edificações do Município de Peruíbe. –

4. Auxílio habitacional. A assistência habitacional aos ocupantes da área foi objeto de deliberação pela

Acesso ao Sumário

Prefeitura Municipal de Peruíbe, com oferecimento de apartamentos do Peruíbe K, empreendimento da CDHU com infraestrutura completa. O réu não compareceu às reuniões e recusou o apartamento, não se entrevendo pertinência na alegação de que inexistem imóveis suficientes para atender todas as famílias removidas da Área Verde A do Jardim Itatins. – Procedência. Recurso do réu desprovido.

VOTO

1. A sentença de fls. 276/281 julgou procedente a ação para condenar o réu a desocupar o imóvel situado na Rua José Valentim Alves, nº 971, Jardim Itatins, município de Peruíbe, no prazo de quinze dias, sob pena de desocupação forçada, e autorizar a demolição da construção erigida no local; em razão da sucumbência, condenou-o no pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 5% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§ 3º, IV e 4, III do CPC, observados os benefícios da justiça gratuita.

Apela o réu (fls. 290/304); preliminarmente, alega cerceamento de defesa; não foi intimado para se manifestar sobre os documentos juntados com a réplica; houve violação ao contraditório. Após a revogação da liminar pelo tribunal não houve modificação processual que justificasse o julgamento antecipado da lide sem a produção das provas tempestivamente requeridas; o acórdão proferido pelo tribunal indicou controvérsias a serem dirimidas por meio das provas requeridas, em especial pericial e documental (ofícios expedidos a órgãos ambientais); o julgamento antecipado não permitiu a cognição exauriente mencionada pelo tribunal. No mérito, diz que a área é urbana, consolidada há mais de trinta anos e de interesse social, nos termos dos art. 36 e 93 da LF nº 13.465/17; a região é dotada de rede de água, esgoto e energia elétrica e possui diversos equipamentos públicos; sua presença e dos demais moradores não agrava a situação ambiental nem obsta a regularização; inexistem unidades suficientes para todas as famílias residentes no local, havendo áreas de maior risco que não foram contempladas; não há notícia de relevante inundação da área em razão do extravasamento do Rio Preto; o estudo que amparou o inquérito civil é anterior à edição das LF nº 12.651/12 e 13.465/17; a distância do imóvel em relação à margem do Rio Preto é maior que a exigida pela legislação; a regularização deve ser promovida pelo município com auxílio dos órgãos ambientais estadual e federal; o direito de construir é compatível com a preservação ambiental; cita jurisprudência. Junta documentos (fls. 305/334). Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e não preparado (justiça gratuita a fls. 107). Contrarrazões a fls. 344/353. A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento

Acesso ao Sumário

do recurso do réu (fls. 364/368).

É o relatório.

2. A Prefeitura Municipal de Peruíbe ajuizou ação civil pública em face de Rubens Murilo Aires Prato tendo por objeto imóvel situado na Rua José Valentim Alves, nº 971, Jardim Itatins, município de Peruíbe, com área de 3.767,97 m2; há notícia de que o réu reside no local, onde também funciona uma operadora de serviços turísticos denominada 'Ecotur - Passeios Ecológicos' (fls. 74, 78/82). A autora alega que o imóvel está situado em área pública e ambientalmente protegida (manguezal indevidamente aterrado) com alto risco de inundação, ante a proximidade com o Rio Preto; a ocupação irregular dificulta o escoamento das águas pluviais e coloca em risco moradores de áreas regulares da região; o réu não compareceu às reuniões para habilitação a uma unidade habitacional do CDHU (Peruíbe K), como fizeram os demais moradores das redondezas, recusando-se a desocupar a área pública. Pede a condenação do réu na desocupação do local, demolição das construções e remoção dos materiais para posterior recuperação ambiental.

3. Cerceamento de defesa. Documentos novos. O autor trouxe com a réplica documentos relativos ao mapeamento das áreas de risco do município de Peruíbe (fls. 125/252). Os documentos relacionados à área do Jardim Itatins repisam questões já abordadas nos relatórios que instruem a inicial (fls. 125/132). O relatório técnico elaborado pelo Instituto Geológico da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, por sua vez, aborda os riscos em diversas áreas do município, inclusive estranhas aos autos (fls. 133/252). Tais elementos não foram preponderantes ao deslinde da controvérsia, não havendo vício pela ausência de intimação do réu para que sobre eles se manifestasse. Rejeito a preliminar.

Dilação probatória. O juiz pode indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias sem que isso configure cerceamento de defesa, a teor do parágrafo único do art. 370 do CPC. No julgamento do AI nº 2184149-05.2020, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 5-11-2020, Rel. Torres de Carvalho, anotou-se algumas incertezas que então permeavam o caso, dentre elas a natureza pública ou privada da área (fls. 116/120). Na inicial o município afirma que a área ocupada pelo réu não apenas é de preservação permanente (mangue) e apresenta elevado risco de inundação, como se trata de área pública (Área Verde A do loteamento Jardim Itatins), conforme relatórios elaborados pelo Departamento de Habitação da Secretaria Municipal de Planejamento (fls. 13/23, 24/35); e competia ao réu impugnar documentalmente a alegação, o que não fez eficazmente. O juiz determinou que as partes especificassem as provas que desejavam produzir, indicando com precisão quais fatos pretendiam provar com cada uma delas (fls. 253); e as justificativas do réu não denotam imprescindibilidade das provas testemunhal, pericial e documental por ele requeridas (fls. 257/258). Não houve cerceamento de defesa. Rejeito a preliminar.

Acesso ao Sumário

4. Área pública. Desocupação. Demolição. O apelante ocupa a Área Verde A do Jardim Itatins, área pública situada nas proximidades do Rio Preto, ambientalmente protegida e com elevado risco de inundação. É uma das áreas prioritárias no município para remoção definitiva das habitações – com realocação dos moradores em empreendimento habitacional de interesse social – e recuperação ambiental, conforme relatórios do Departamento de Habitação da Secretaria Municipal de Planejamento (fls. 13/23, 24/35).

Tratando-se de bem público que não comporta posse, mas apenas detenção, é irrelevante o fato de o réu ocupá-lo ao menos desde 2004 e de administrações municipais anteriores terem concedido alvará para operação de serviços turísticos no local (fls. 74). Justamente por conta da inexistência de autorização para ocupação – os diversos documentos de cessão e transferência de direitos possessórios entabulados ao longo dos antos atestam a precariedade do título dominial (fls. 320/327) –, não há possibilidade de regularização das construções, ainda que o imóvel esteja situado em área servida por melhoramentos e equipamentos públicos. A demolição, quando há ocupação de áreas públicas, encontra respaldo no art. 46 da LCM nº 123/08, o Código de Obras e de Edificações do Município de Peruíbe.

Além disso, os demais moradores da região entabularam acordo com a Prefeitura Municipal e já se mudaram para apartamentos da CDHU; as demolições estão sendo realizadas desde junho de 2020; e o imóvel objeto destes autos é o único à direita da Viela do Ó ainda não desocupado, impedindo a integral recuperação ambiental da Bacia do Rio Preto (fls. 17/18). Assim, conforme consignado na sentença, inexistem elementos que assegurem a permanência do réu no local, sendo a desocupação e demolição medidas de rigor.

5. Auxílio habitacional. A assistência habitacional aos ocupantes da área foi objeto de deliberação pela Prefeitura Municipal de Peruíbe. A municipalidade realizou reuniões explicativas e adotou medidas para informar e cadastrar as famílias em programa de auxílio habitacional, oferecendo-lhes apartamentos do Peruíbe K, empreendimento da CDHU com infraestrutura completa (fls. 15, 17). Há notícia de que o réu não compareceu às reuniões e recusou o apartamento (fls. 19, 37), não se entrevendo pertinência na alegação agora formulada de que inexistem imóveis suficientes para atender todas as famílias removidas da Área Verde A do Jardim Itatins.

O voto é pelo **desprovimento do recurso do réu.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003697-

65.2021.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, CLAUDIR DOS SANTOS e AMANDA DE SOUZA FONSECA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.383)**

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

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação civil pública. Sentença que afastou a condenação solidária da municipalidade. Insurgência recursal do Ministério Público. Com razão. Desídia do município caracterizada. Corresponsabilidade municipal como poluidora indireta conforme art. 14, §1º da LPNMA. Observa-se, porém, nos moldes da Súmula nº 652 do STJ, que, por ocasião do cumprimento do julgado, a execução da medida deve observar a subsidiariedade do ente público, possibilitando o seu direito de regresso em face dos demais demandados. Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação interposta pelo *Ministério Público* contra a r. sentença (fl. 207/211) que, em ação civil pública ajuizada em desfavor de *Amanda de Souza Fonseca, Claudir dos Santos e Município de São Sebastião*, julgou "*1) IMPROCEDENTES os pedidos formulados na ação quanto ao Município de São Sebastião; 2) PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos com relação aos requeridos Claudir dos Santos e Amanda de Souza Fonseca para, confirmada a tutela provisória concedida, condená-los a: I) cessar toda atividade na área de preservação permanente do imóvel, isolando-a, impedindo ocupação humana, realização de aterros, supressão da vegetação, edificações, parcelamentos, plantio de espécies exóticas, despejamento de entulhos, ou qualquer outra intervenção; II) reparar os danos causados ao meio ambiente, por meio de: a) desfazimento de todas as estruturas existentes na APP e remoção dos materiais para local adequado; b) descompactação do solo; c) retirada de es-*

Acesso ao Sumário

pécies exóticas introduzidas; d) isolamento da área de fatores de degradação; e) recomposição da vegetação nativa mediante plantio de espécies nativas da restinga do Litoral Norte do Estado de São Paulo, com a condução da regeneração natural pelo período de 24 meses, conforme exigências técnicas. Para cumprimento das determinações, incumbirá aos réus apresentar projeto de recuperação (PRAD) assinado por profissional habilitado, em 90 dias, e iniciar sua execução em 60 dias depois da aprovação, finalizando-o em 180 dias. Em caso de descumprimento das presentes determinações, incidirá multa diária de R$ 500,00, cujo valor reverterá ao Fundo Municipal do Meio Ambiente ou, à sua falta, ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados."

Inconformado, recorre o Ministério Público aduzindo, em resumo, que: **(A)** *"A responsabilidade da FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO foi afastada pelo juízo sob o fundamento de que não restou demonstrada a omissão administrativa. Isso porque não haveria provas demonstrando que Administração local foi instada a tomar providências para fazer cessar a infração, porém ficou inerte. Não se juntaram ofícios ou outros documentos que evidenciem que a Prefeitura teve conhecimento do ocorrido e ainda assim se absteve de intervir. Todavia, de forma diversa ao afirmado, não é isso que se vê nos autos."*; **(B)** *"Conforme mencionado na inicial, instado pelo Ministério Público acerca dos danos ambientais existentes no local, o ente público limitou-se a afirmar que as coordenadas disponibilizadas nos Autos de Infração Ambiental estão incorretas, solicitando a retificação dos documentos, sem sequer ponderar que buscaria esclarecimentos com a Polícia Militar Ambiental. Seu comparecimento ao local dos fatos e lavratura dos autos de demolição ocorreu posteriormente ao ajuizamento da presente ação civil pública, em 24 de janeiro de 2022, decorridos nove meses da autuação da Polícia Militar Ambiental. (...) Se, de fato, a fiscalização realizada na área fosse eficiente, não existiria esse considerável lapso entre a autuação da Polícia e do ente público municipal, tampouco necessitaria de auxílio da Polícia para a localização do dano. Está claro que sua atuação é morosa e não adota medidas eficazes contra as condutas danosas perpetradas pelos correcorridos, favorecendo a expansão das ocupações irregulares tão conhecidas e nefastas ao meio ambiente natural e urbano de São Sebastião."*; **(C)** *"A simples omissão do Poder Público em seu poder-dever de fiscalizar e impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente é causa suficiente para sua inclusão no polo passivo das ações civis públicas de cunho reparatório, nos termos da jurisprudência consolidada do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:"*; e, **(D)** *"A FAZENDA PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO além de desrespeitar o art. 23, VI e VII, da Constituição Federal, que prevê o dever do município de proteger o meio ambiente e preservar as florestas, a fauna e a flora, também desrespeitou sua própria LEI ORGÂNICA, a qual prevê o dever do Município de defender e preservar o meio ambiente para o benefício*

Acesso ao Sumário

das gerações atuais e futuras (art. 151, §2º, da Lei Orgânica de São Sebastião). Conforme ficou demonstrado pelos documentos acostados aos autos, concretamente, a FAZENDA PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO deixou de cumprir com seu dever constitucional de tutela do meio ambiente, vez que, inequivocamente ciente dos danos em curso no imóvel, deixou de adotar providência eficaz visando sua cessação e recuperação."

O *Município de São Sebastião* apresentou contrarrazões (fls. 231/239), pugnando pela manutenção da r. decisão.

A douta PGJ, através do Exmo. Dr. Hamilton Alonso Jr., opinou pelo provimento do recurso (fls. 245/252).

FUNDAMENTAÇÃO:

Ab initio, se nota que o recurso é tempestivo e dispensado do preparo. Conheço-o.

Almeja o Ministério Público que o município apelado se omitiu no seu dever de fiscalizar, a ensejar na sua responsabilização solidária como poluidor indireto. Com razão.

Em se interpretando os dispositivos constitucionais, o Código Florestal e a LPNMA, além da jurisprudência dos tribunais superiores, patente a responsabilidade ambiental na seara civil como objetiva, além de solidária e *propter rem* (Súmula nº 623 do STJ), a englobar a Municipalidade omissa, poluidora indireta nos termos do art. 14, §1º do PNMA. Tendo isso como referência é que o MP requer a condenação do município apelado.

De fato, com a análise das provas constantes dos autos é possível observar que o Boletim de Ocorrência Ambiental (fls. 55) e o Auto de Infração Ambiental (fls. 52) foram lavrados em 27/04/2021.

A fls. 78, por sua vez, há prova de que o município apelado tinha informação da degradação ambiental desde 19/05/2021, quando a Secretaria de Assuntos Jurídicos requereu à Secretaria do Meio Ambiente informações quanto à regularidade da construção, bem como as medidas inerentes ao seu poder de polícia, em caso de irregular.

Somente após quatro meses do recebimento do ofício acima referido, em 21/09/2021, a Secretaria do Meio Ambiente o respondeu, informando que havia discrepância quanto à localização da construção, requerendo retificação das coordenadas, conforme despacho a fls. 75/76.

Ocorre que, nos documentos trazidos aos autos pela própria municipalidade a fls. 158, é possível observar falhas no procedimento interno da Secretaria do Meio Ambiente, como por exemplo na constatação em 04/01/2022 de que:

> *"Não foi possível lavrar autuação, uma vez que a fiscalização não logrou êxito em localizar as áreas autuadas (...) Embora conste que seria solicitada operação conjunta, não consta a comprovação de envio de Ofício*

Acesso ao Sumário

endereçado a PMA (docto fls. 43)"

Observa-se, ainda, que somente em 04/01/2022 a Secretaria do Meio Ambiente solicitou ao departamento de fiscalização, como medida urgente, a vistoria do local, tendo em vista a distribuição da presente ação, medida esta que foi concretizada em 24/01/2022, com a lavratura do auto de demolição e de multa.

Assim, malgrado a municipalidade tivesse conhecimento dos danos ambientais desde 19/05/2021, somente após oito meses determinou a vistoria no local, demora esta que, não raramente, contribui com novas instalações irregulares e amplifica as consequências dos danos ambientais, a dificultar sua solução.

O fato da vistoria se concretizar somente após a distribuição da presente ação – diante do pedido de urgência embasado neste fato –, é mais um elemento que demonstra a desídia do ente municipal em relação a agilidade que casos como este requerem, o que não pode ser endossado por este órgão julgador.

Assim, é o caso de reformar parcialmente a r. sentença para também condenar a municipalidade nas obrigações de não fazer e de fazer que constam na sentença.

Não obstante todo o exposto, é o caso de reconhecer que, apesar de solidária a condenação, ela merecerá somente execução subsidiária, nos termos da Súmula nº 652 do STJ que dispõe:

A responsabilidade civil da administração pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária.

Assim, caberá aos poluidores diretos o cumprimento das obrigações impostas, sendo que, somente caso de esgotadas tais possibilidades, é que a execução deverá recair sobre o município, com este podendo se voltar regressivamente contra os inertes quanto aos valores que desembolsou, de modo que a sociedade não seja duplamente onerada.

Por tal razão se deverá dar provimento ao recurso.

Por derradeiro, consigna-se expressamente que a análise fática e jurídica retro realizada já levou em conta **e dá como prequestionados** todos os dispositivos constitucionais e legais ventilados em sede recursal, não sendo preciso transcrevê-los aqui um a um, nem mencionar cada artigo por sua identificação numeral.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo **provimento do recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000055-59.2021.8.26.0660, da Comarca de Viradouro, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada VANESSA DANIELA HILÁRIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.852)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 5 de novembro de 2022.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: DECLARATÓRIA – ISENÇÃO DE IPVA – PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – Revogação do benefício fiscal pela Lei Estadual nº 17.293/20 – Necessidade de observância dos princípios da anterioridade geral e nonagesimal previstos no art. 150, III, b e c, da CF, em relação ao exercício de 2021 – Ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e dignidade da pessoa humana – Alteração legislativa que afastou a exigência, para a concessão de isenção do IPVA, de veículo especificamente adaptado e customizado para a situação individual da pessoa com deficiência – Perda superveniente de parte do objeto – Sentença de parcial procedência mantida.

RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória movida por VANESSA DANIELA HILÁRIO em face do ESTADO DE SÃO PAULO, visando à isenção de IPVA para os anos de 2021 e seguintes, com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade e ilegalidade dos arts. 21 e 69 da Lei Estadual nº 17293, de 15/10/20, que alteraram o art. 13 e acrescentaram o art. 13-A, na Lei 13296 de 23/12/08.

Foi deferida tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário,

Acesso ao Sumário

fls. 104/110.

A sentença de fls. 168/175, cujo relatório é adotado, foi proferida nos seguintes termos: "*JULGO PROCEDENTE EM PARTE a ação para DECLARAR inexigível crédito tributário de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) cujo fato gerador consiste, em seu critério material, na propriedade do veículo NISSAN/KICKS S DRCT CVT, placas CLH6680, renavam 01186024477, e, em seu critério temporal, no dia 01/01/2021. Presentes os requisitos, ratifico, nesta oportunidade, a tutela de urgência pleiteada, para o fim de suspender a exigibilidade do IPVA no ano de 2021 incidente sobre o veículo da parte autora. Servirá a presente decisão como ofício, devendo a parte autora providenciar seu encaminhamento. Por fim, JULGO EXTINTO o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do novo Código de Processo Civil. Sem condenação em custas porque o artigo 6º da Lei Estadual nº 11.680/03 isenta o ente público do recolhimento da taxa judiciária. Condeno a parte requerida ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais , que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais)*".

Foram opostos embargos de declaração às fls. 177/179, os quais foram rejeitados às fls. 185/186.

Inconformada, recorre a Fazenda Pública do Estado de São Paulo às fls. 189/208. Afirma que as alterações trazidas pela Lei nº 17.293/20 não violaram quaisquer princípios. Aduz não haver direito adquirido à isenção outrora concedida, devendo ser observado que o fato gerador do IPVA renova-se no dia 1º de janeiro de cada ano e que a apelada não preenche os requisitos atuais para a concessão. Por fim, argumenta inexistir afronta ao princípio da anterioridade nonagesimal. Subsidiariamente, requer a distribuição das verbas sucumbenciais, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC, bem como que seja cobrado de modo proporcional o IPVA.

Contrarrazões, fls. 212/226, no sentido do desprovimento do recurso.

Às fls. 245/246, a autora peticionou requerendo o prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

É o relato do necessário.

Primeiramente, cumpre anotar que não mais subsistem as razões que levaram a suspensão do processo (fls. 233/239). Destarte, seu curso deve ser retomado.

Pois bem.

O C. Supremo Tribunal Federal orienta-se, em sua jurisprudência, por equiparar o fim da isenção à criação ou aumento de tributo. Confira-se:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCENTIVO FISCAL. REVOGAÇÃO. MAJORAÇÃO INDIRETA. ANTERIORIDADE.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concebe que não apenas a majoração direta de tributos atrai a eficácia da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015." (RE 1053254 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 12-11-2018 PUBLIC 13-11-2018).

Nesse contexto, a revogação da isenção aqui em análise, por configurar um aumento indireto do tributo, somente pode gerar efeitos financeiros no exercício subsequente, e depois de decorridos 90 dias da publicação da lei revogadora, salvo se houver exceção prevista no texto constitucional, segundo estabelece o art. 150, III, alíneas b e c, da Constituição Federal.

No caso em apreço, o Estado de São Paulo, com o intuito de arrecadar novas receitas, limitou a isenção do IPVA apenas para deficientes físicos com gravidade severa ou profunda que permita condução de veículo adaptado.

Ocorre que a Lei nº 17.293/20, ao estabelecer o novo regramento, somente foi publicada em 15 de outubro de 2020, não podendo produzir efeitos no IPVA relativo ao exercício de 2021, visto que não decorreu o prazo de 90 dias entre a entrada em vigor da nova lei e a ocorrência do fato gerador do tributo.

Vale lembrar que o IPVA é devido anualmente pelos contribuintes e, tratando-se de veículo usado, o fato gerador ocorre no dia 1º de janeiro de cada ano, conforme determina o art. 2º da Lei nº 13.296/08.

Portanto, tem-se que o lançamento do imposto para o exercício de 2021 é ilegal, pois viola o princípio constitucional da anterioridade tributária, previsto no art. 150, II, da Constituição Federal.

Neste sentido, decidiu o C. Órgão Especial, que reconhecendo a aplicabilidade do princípio da anterioridade anual e nonagesimal acolheu o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0012427-97.2021.8.26.0000, assim ementado:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. artigo 13, inciso III, da Lei Estadual n. 13.296, de 23 de dezembro de 2008, na redação dada pela Lei n. 17.293, de 15 de outubro de 2020, que reduziu o alcance de isenção do IPVA na hipótese de pessoa com deficiência. **AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE ANUAL E NONAGESIMAL**. Legislação que revogou parcialmente isenção tributária, o que pode ser feito a qualquer momento, desde que observados os princípios constitucionais tributários. Inexistência de direito adquirido à isenção. **Princípios da anterioridade anual e nonagesimal que se aplicam ao IPVA, por força de disposição constitucional**. Inadequação da Súmula vinculante 50, pois não se trata, no caso, de disposição sobre o recolhimento do tributo,

Acesso ao Sumário

mas, antes, sobre o próprio nascimento da obrigação tributária principal. **Revogação de isenção que equivale à majoração de tributo, conforme reconhece o E. STF, razão pela qual deve observar os princípios constitucionais tributários.** Lei que passou a viger na data de sua publicação. **Efeitos imediatos que implicaram revogação incontinenti do benefício na hipótese de aquisição de veículo novo. Ofensa, ademais, à anterioridade nonagesimal, posto que, contados os 90 dias a partir da publicação da lei revogadora, o prazo ultrapassa a data do fato gerador aplicável à hipótese, que, no caso de propriedade de veículos usados, ocorre no dia 1º de janeiro de cada ano. Inconstitucionalidade parcial do dispositivo legal, sem redução de texto, a fim de que sua aplicação observe os princípios da anterioridade anual e nonagesimal. Inconstitucionalidade por arrastamento, nos mesmos termos, do 4º do Decreto n. 65.337, de 7 de dezembro de 2020, no trecho em que dispõe sobre a isenção de IPVA para veículos de propriedade de pessoas com deficiência**. Arguição de inconstitucionalidade acolhida".(TJSP; Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0012427-97.2021.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Fernandópolis - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2021; Data de Registro: 20/09/2021) (g.n.).

Assim, não assiste razão ao réu apelante ao sustentar ser devida a cobrança do IPVA de pessoa com deficiência, cuja benesse isencional já detinha, com fulcro nas regras instituídas pela Lei Estadual nº 17.293/20, **no que toca ao exercício de 2021.**

No que se refere aos próximos exercícios, com a superveniência da Lei Estadual nº 17.473/21, a concessão da isenção depende de novo requerimento administrativo, nos termos do Decreto nº 66.470/22, que regulamentou a matéria, e da Resolução SFP-05/22, que assim estabeleceu:

"Artigo 2º - Para fins de concessão da isenção do IPVA relativo ao exercício de 2022 e seguintes, a pessoa com deficiência ou com transtorno do espectro do autismo **deverá apresentar novo pedido à Secretaria da Fazenda e Planejamento, instruído com os documentos previstos no artigo 1º do Decreto nº 66.470, de 1º de fevereiro de 2022.**

§ 1º - O pedido de que trata o "caput" deverá ser protocolado até 31 de julho de 2022.

§ 2º - Não sendo protocolado novo pedido de concessão da isenção no prazo indicado no § 1º, o pagamento do imposto relativo ao exercício de 2022 deverá ser efetuado até o dia 31 de agosto de 2022, sob pena de exigência de acréscimos moratórios e juros"

O mesmo raciocínio é válido para os exercícios posteriores.

No mais, como se sabe, com a alteração introduzida pelo art. 21 da Lei nº 17.293/20, que modificou o inciso III do art. 13 da Lei nº 13.296/08, a isen-

ção do IPVA passou a ser reconhecida **apenas para aquele que declarou a deficiência física como severa ou profunda e que enseja veículo automotor especificamente adaptado e customizado para sua situação individual**, definindo como fato gerador da aventada benesse o tipo de adaptação implementada no veículo, a despeito da condição da pessoa com deficiência.

Percebe-se, neste ponto, aparente violação constitucional ao princípio da isonomia ao excluir pessoas com deficiência, seja de natureza grave ou severa, que não requerem adaptação de seus veículos.

Sobre o tema, cabe destaque decisão dessa C. Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISENÇÃO DE IPVA. PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. Irresignação contra decisão que indeferiu a tutela provisória visando à suspensão da cobrança de IPVA em relação aos contribuintes portadores de deficiência que tinham isenção de recolhimento no exercício de 2020. Cabimento. Alteração promovida pela Lei estadual nº 17.293/2020 que prejudica os condutores portadores de deficiência grave ou severa que não necessitam de veículo adaptado, em aparente violação ao princípio constitucional da isonomia. Exegese que privilegia a inclusão da pessoa com deficiência. Presença dos pressupostos autorizadores para a antecipação. Reforma da r. decisão agravada. Recurso provido".

(TJSP; Agravo de Instrumento 2006269-89.2021.8.26.0000; Relator: Nogueira Diefenthaler; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/06/2021; Data de Registro: 24/06/2021).

Não obstante, cumpre consignar que os dispositivos ora debatidos foram revogados/alterados pela Lei Estadual nº 17.473/21, com efeitos a partir de 01/01/22, sendo que o art. 13 e 13-A da Lei nº 13.296/08 passaram a ter a seguinte redação:

"**Art. 13** - É isenta do IPVA a propriedade:

I - de máquinas utilizadas essencialmente para fins agrícolas;

II - de veículo ferroviário;

III - Revogado.

IV - de um único veículo utilizado no transporte público de passageiros na categoria aluguel (táxi), de propriedade de motorista profissional autônomo, por ele utilizado em sua atividade profissional;

V - de veículo de propriedade de Embaixada, Representação Consular, de Embaixador e de Representante Consular, bem como de funcionário de carreira diplomática ou de serviço consular, quando façam jus a tratamento diplomático, e desde que o respectivo país de origem conceda reciprocidade de tratamento;

VI - de ônibus ou microônibus empregados exclusivamente no transporte

Acesso ao Sumário

público de passageiros, urbano ou metropolitano, devidamente autorizados pelos órgãos competentes;

VII - de máquina de terraplanagem, empilhadeira, guindaste e demais máquinas utilizadas na construção civil ou por estabelecimentos industriais ou comerciais, para monte e desmonte de cargas;

VIII - de veículo com mais de 20 (vinte) anos de fabricação.

§ 1º - As isenções previstas neste artigo, quando não concedidas em caráter geral, serão efetivadas, 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 para sua concessão.

§ 1º-A - Revogado.

1. Revogado.

a) Revogado.

b) Revogado.

2. Revogado;

3. Revogado;

4. Revogado;

5. Revogado

§ 2º - As isenções previstas nos incisos III a VI deste artigo aplicam-se:

1 - somente aos veículos em situação regular, na data da ocorrência do fato gerador, quanto às obrigações relativas ao registro e licenciamento;

2 - às hipóteses de arrendamento mercantil.

§ 3º - No caso do inciso VI deste artigo, em se tratando de proprietário pessoa física, fica limitada a isenção a um único veículo, de propriedade de motorista autônomo regularmente registrado no órgão competente e habilitado para condução do veículo objeto do benefício.

Art. 13-A - Fica assegurado o direito à isenção do IPVA para um único veículo de propriedade de pessoa portadora de transtorno do espectro do autismo em grau moderado, grave ou gravíssimo, ou com deficiência física, sensorial, intelectual ou mental, moderada, grave ou gravíssima, ou de seu representante legal, na forma e nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

§ 1º - A concessão do direito de que trata o «caput» deste artigo fica condicionada à comprovação do grau moderado, grave ou gravíssimo de deficiência ou de transtorno do espectro do autismo, aferido em avaliação biopsicossocial, realizada, para esse fim, por equipe multiprofissional e interdisciplinar, de acordo com instrumentos previstos em ato do Poder Executivo, devendo a avaliação considerar:

1 - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

2 - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

3 - a limitação no desempenho de atividades; e

Acesso ao Sumário

4 - a restrição de participação.

§ 2º - O direito previsto no «caput» deste artigo poderá ser concedido às pessoas com grau leve de deficiência ou de transtorno do espectro do autismo que se encontrem, nos termos do regulamento, em situação de excepcional restrição à participação social, aferida nos termos do § 1º deste artigo.

§ 3º - Enquanto não estiver regulamentada a avaliação biopsicossocial, na concessão da isenção prevista neste artigo, será considerada a avaliação da deficiência nos termos e nas condições estabelecidas em ato do Poder Executivo.

§ 4º - A isenção aplica-se:

1 - a veículo:

novo, cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior ao previsto em convênio para a isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas saídas destinadas a pessoas com deficiência, observado o limite de valor da isenção concedida ao ICMS;

usado, cujo valor de mercado constante da tabela de que trata o § 1º do artigo 7º desta lei não seja superior ao previsto no convênio mencionado na alínea «a» deste item, observado o limite de valor da isenção concedida ao ICMS;

2 - somente aos veículos em situação regular, na data da ocorrência do fato gerador, quanto às obrigações relativas ao registro e licenciamento;

3 - às hipóteses de arrendamento mercantil.

§ 5º - O veículo objeto da isenção deverá ser conduzido pelo beneficiário, por seu tutor ou curador, ou por terceiro devidamente autorizado por um deles, na forma e condições estabelecidas em ato do Poder Executivo.

§ 6º - Detectada fraude na obtenção da isenção, o valor do imposto, com os respectivos acréscimos legais e relativo a todos os exercícios isentados, será cobrado do beneficiário ou da pessoa que tenha apresentado declaração falsa em qualquer documento utilizado no processo de concessão da isenção.

§ 7º - As isenções concedidas, especialmente aquelas que forem objeto de denúncia de fraude, serão auditadas na forma e condições estabelecidas em ato do Poder Executivo. (NR)"

Como visto, não mais persiste a exigência do "*veículo especificamente adaptado e customizado para sua situação individual*" para a concessão da isenção, bastando a "comprovação do grau moderado, grave ou gravíssimo de deficiência ou de transtorno do espectro do autismo" por meio de avaliação biopsicossocial, ainda a ser regulamentada.

Acesso ao Sumário

Desta feita, a recente Lei Estadual nº 17.473/21 modificou a Lei nº 13.296/08 para afastar a exigência entendida como violadora dos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana.

Nestes termos, forçoso reconhecer a **perda superveniente de parte do objeto do recurso do réu, no que diz respeito as exigências automotivas personalizadas**. Assim, não o conheço neste ponto.

Por conseguinte, de rigor a procedência parcial da ação para declarar a inexigibilidade do IPVA apenas para o exercício do ano de 2021.

Diante da sucumbência mínima da autora, anota-se que fica mantida a condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios em favor da parte contrária, conforme determinado pelo MM. Juiz *a quo*.

Por fim, em razão da sucumbência do recurso do réu, de rigor, pois, que se majorem os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária, em R$ 500,00, em razão do trabalho adicional, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso na parte em que conhecida.

Eventuais recursos que sejam interpostos deste julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000747-58.2022.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante CHRISTINA VENÂNCIO VAGNER, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 60.426)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA. DOCENTE. LEI PAULISTA 500/1974. DISPENSA. RUPTURA DE VÍNCULO. READMISSÃO POSTERIOR À EFI-

Acesso ao Sumário

CÁCIA DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 1.010/2007. AÇÃO REVISIONAL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

– Quando o Poder Público, de modo expresso, define a situação jurídica fontal de que emergem as prestações remuneratórias, tal se dá, por exemplo, nas decisões explícitas da Administração Pública sobre aposentadorias, reenquadramentos, reclassificações etc., é da definição administrativa inaugural que nasce a pretensão, e é dela que tem curso o prazo prescricional.

– Reconhece-se a prescrição do fundo de direito "nos casos corriqueiros de recusa de promoção, de reenquadramento, de concessão de gratificação, adicional, ou outra vantagem etc., em todos os quais transparece, com singular clareza, que suscetível de prescrição quinquenal não é só a pretensão – heterônoma, derivada, ou acessória – ao pagamento das pretensões, senão, também, e primeiramente, a pretensão fundamental à obtenção da situação jurídica da qual se irradiaria o direito de as perceber. Prescrita a pretensão à causa, há de estar prescrita a pretensão aos efeitos" (Cezar Peluso).

Não provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

Noticiando-se professora da rede pública de ensino do Estado de São Paulo sob a regência da Lei paulista 500/ 1974 (de 13-11), Christina Venâncio Vagner impetrou mandado de segurança contra ato da Diretora Regional de Ensino da Região de Franca com o escopo, em resumo, de ser reenquadrada na categoria "F" objeto do § 2º do art. 2º da Lei complementar estadual 1.010/ 2007 (de 1º-6), com a atração de normas correspondentes a essa classe, incluso e nomeadamente a relativa ao regime previdencial mantido pela São Paulo Previdência - SPPrev.

Alega ter sido contratada pelo Estado de São Paulo, recorrido nesta demanda, para as funções docentes, nos termos do Decreto paulista 24.948/1986 (de 3-4), com exercício anterior a 2 de junho de 2007, data em que se promulgou essa já referida Lei complementar local 1.010, fazendo *jus*, assim o diz, à proteção previdenciária do Regime Próprio do Estado de São Paulo, nos termos do que dispõe o § 2º do art. 2º desse apontado diploma normativo, e ainda,

Acesso ao Sumário

segundo o disposto na Lei complementar bandeirante 1.093/2009 (de 16-7), à garantia de carga horária de 12 horas semanais de labor.

Pleiteou, nessa linha, o pagamento dos vencimentos correspondentes aos períodos em que ficou sem a atribuição da carga horária mínima de 12 horas semanais, em razão de seu equivocado enquadramento na categoria S, bem como o acerto de seus registros funcionais referentes à atribuição de aulas, aposentadoria, adicionais temporais, licença-prêmio, bônus de mérito e demais direitos inerentes ao cargo.

A r. sentença de origem denegou a ordem ante a prescrição do fundo de direito, condenando a impetrante no pagamento das custas processuais (*e*-págs. 363-71).

Do decidido, apelou a vencida, sustentando, *ad summam*, a não ocorrência da prescrição, uma vez que o caso em tela versa sobre matéria de trato sucessivo, renovando-se mês a mês. No mérito, reitera suas teses inaugurais (*e*-págs. 380-91).

Respondeu-se ao recurso (*e*-págs. 394-413).

A Promotoria pública da Comarca manifestou falta de interesse jurídico em atuar no feito (*e*-págs. 352-3).

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença, conclusos os autos recursais em 3 de outubro de 2022 (*e*-pág. 416).

VOTO:

1. Versam os autos mandado de segurança impetrado aos **17 de janeiro de 2022**, com visando ao reenquadramento da impetrante, professora de educação básica, à categoria "F", prevista no § 2º do art. 2º da Lc 1.010/2007, bem como o reconhecimento de todos os direitos inerentes aos professores titulares de cargo efetivo.

2. Extrai-se dos autos que, no dia 01 de junho de 2007, data em que entrou em vigor a Lei complementar 1.010/2007, a recorrida possuía vínculo com a Administração pública paulista estabelecido por meio da Portaria especial 279/20504/2007 (de 6-3), que a admitiu nos termos do art. 10 do Decreto 24.948/1986 (de 3-4), ou seja, para ministrar aulas "nos impedimentos eventuais de titular de cargo ou de ocupante de função-atividade da série de classes de docentes, por período de 01 (um) até 15 (quinze) dias" (cf. *e*-págs. 34-5 e 324-5), vindo a ser dispensada aos 12 de fevereiro de 2014, a pedido (*e*-pág. 328), através da Portaria 220.504/2014. Ressalta-se que no próprio requerimento de dispensa, firmado pela impetrante e fornecido pela autoridade impetrada, consta a informação de que a recorrente estava enquadrada na categoria funcional "S" (*e*-pág. 327), fato contra o qual se insurge no presente *writ*.

Acesso ao Sumário

Desse modo, transcorridos mais de sete anos desde a ciência inequívoca da impetrante de que não lhe foi concedido o direito aqui perseguido, bem se

reconheceu, assim, a prescrição obstativa do exame do mérito *stricte sumpto* , nos termos do que dispõe o art. 1º do Decreto 20. 910, de 6 de janeiro de 1932, nomeadamente considerada sua parte final:

> "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem."

3. Quando o Poder Público, de modo expresso, define a situação jurídica fontal de que emergem as prestações remuneratórias, tal se dá, por exemplo, nas decisões explícitas da Administração Pública sobre aposentadorias, reenquadramentos, reclassificações etc., é da definição administrativa inaugural que nasce a pretensão, e é dela que tem curso o prazo prescricional, valendo aqui lembrar o paradigmático voto do Ministro Moreira Alves no RE 110.419:

> "Fundo de direito é a expressão utilizada para significar que o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a esta situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviço especial, etc. A pretensão do fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco".

Nesse mesmo sentido, Yussef Said Cahali leciona que, havendo

> "necessidade de se reconhecer um direito através de uma ação, para só então se reconhecerem as prestações vencidas, a prescrição se inicia da data em que o mesmo direito deixa de ser observado",

de modo que, ao revés, apenas se configura a prescrição das prestações de trato sucessivo, quando "as parcelas em débito decorrem de um direito já reconhecido" (*Prescrição e Decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304).

Nesse sentido, o STJ, ao julgar o REsp 1.073.976 sob o rito dos recursos repetitivos, firmou a tese de que, no caso de ato único de reenquadramento do qual resulte efeitos concretos, a prescrição aplicável é de fundo de direito e não parcelar:

> "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR Nº 10.990/97, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PRETENSÃO À REVISÃO DE ATO DE REFORMA DE POLICIAL MILITAR INATIVO, COM REFLEXOS PATRIMONIAIS NOS SEUS PROVENTOS. MODIFICAÇÃO DE SITUAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. OCORRÊNCIA.
>
> 1. Na hipótese em que se pretende a revisão de ato de reforma de policial

Acesso ao Sumário

militar do Estado do Rio Grande do Sul, com base na Lei Complementar Estadual nº 10.990/97, com sua promoção a um posto superior na carreira militar e, como mera consequência do deferimento do pedido de promoção, a revisão de seus proventos da inatividade, a prescrição aplicável é de fundo do direito, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

2. Recurso especial provido". (REsp 1.073.976, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26-11-2018 – o destaque não é do original).

Ainda, destacam-se as seguintes decisões do STJ: REsp 1.249.073, j. 14-9-2011; AgRg no REsp 1.202.907, j. 22-6-2012; AgRg no REsp 1.067.333 , j. 28-6-2013; Ag Rg no AREsp 512.350, j. 5-8-2014; AgRg no REsp. 914.260, j. 13-10-2009, AgInt nos Edcl no AREsp 1.443.048, j. 1-10-2019, AgInt no AREsp 1.286.326, j. 29-4-2019, AgInt no RMS 55.820, j. 27-8-2018.

4. Em direção clássica no STF, podem recrutar-se estes julgados paradigmáticos:

– "Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa" (RE 59.122, apud RE 68.119).

– "…se o pretendente se omite de reclamar a obtenção do benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo de direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que, consumado, àquele mesmo é que retira a acionabilidade. Atingido o próprio direito não há falar em prestações sucessivas que somente nele têm sua fonte" (RE 99.336).

O ex-Ministro Cezar Peluso, do STF, publicou, em 1991, o estudo Prescrição Quinquenal do Funcionalismo Público, de que recruto a seguinte passagem:

"… se a Administração não pratica, no tempo devido, ato de reconhecimento ou observância do direito originante, ou se pratica ato espontâneo ou provocado, que o lesione do mesmo modo, à data desta atitude comissiva ou daquela omissiva entra a correr o prazo de prescrição, porque de qualquer um desses dos comportamentos nascem ofensa ao direito e consequente pretensão a obter-lhe satisfação jurisdicional. E é então muito claro que, encobrindo a exigibilidade do direito originante, a prescrição consumada encobrirá a dos seus efeitos patrimoniais, a cujo respeito há só direito originado.

É o que, v.g., se dá nos casos corriqueiros de recusa promoção, de reen-

Acesso ao Sumário

quadramento, de concessão de gratificação, adicional, ou outra vantagem etc., em todos os quais transparece, com singular clareza, que suscetível de prescrição quinquenal não é só a pretensão – heterônoma, derivada, ou acessória – ao pagamento das pretensões, senão, também, e primeiramente, a pretensão fundamental à obtenção da situação jurídica da qual se irradiaria o direito de as perceber. Prescrita a pretensão à causa, há de estar prescrita a pretensão aos efeitos. Daí, o que conta, para efeito de incidência da regra jurídica, são apenas a tipicidade (*fattispecie abstrata*) e a realização histórica (*fattispecie concreta*) da hipótese normativa de prescrição do direito originante, porque ambas dão e exaurem a solução da questão jurídica, à medida que prescrição consumada de pretensão a direito originante não pode deixar de subentender prescrição de pretensão, conexa e acessória, a direito originado (…). Tal é o significado último da afirmação de que, nesses casos, o funcionário não pode exigir pagamento da vantagem econômica, uma vez prescrito o próprio "fundo do direito".

(…)

A só prescritibilidade da pretensão a prestações de índole pecuniária, objeto induvidoso da previsão do art. 3º (refere-se o autor ao Decreto nº 20.910, de 6-1-1932), concerne a hipótese diferente e mais simples, onde, por pressuposição normativa, não ocorre comportamento administrativo, provocado nem espontâneo, capaz de representar injúria a algum dos chamados direitos originantes a situações jurídico-subjetivas que constituem fonte do direito de receber prestações periódicas, de natureza pecuniária, ao qual se reservou o nome de direito originado e cuja periodicidade é relevante no tema da prescrição. Nesta hipótese, a vulneração concretizável por ato ou omissão administrativos limita-se ao direito originado, porque a Administração apenas denega o pagamento das parcelas ou rejeita outro modo possível de as calcular. Nasce, daí, pretensão que, reduzindo-se à exigibilidade da prestação legalmente devida, é sempre e apenas pretensão a uma quantia, não ao reconhecimento da situação jurídico-funcional onde se assente o direito de exigir, a qual, por hipótese, nunca esteve em dúvida. A prescrição só pode, pois, encobrir a eficácia da exigibilidade do direito originado, de maneira independente e autônoma.

E como se trata de ofensa de direito restrito à percepção periódica de quanto, ou dada quantia, a pretensão correspondente renasce de igual modo, para efeito legal de prescritibilidade, em todos os momentos em que a quantia seja, supostamente, devida e, realmente, não paga, de sorte que a prescrição atinge cada prestação periódica, à medida que a partir de cada uma se perfaça o prazo da lei.

É o que se dá com os exemplos em que, embora reconhecendo ou não controvertendo o direito subjetivo do funcionário a reenquadramento,

Acesso ao Sumário

gratificação, adicional, ou outra vantagem econômica qualquer, a Fazenda não lhe paga a prestação correlata, ou lha paga por valor menor que o devido. Transparece, aqui, com idêntica clareza, que a única pretensão nata e prescritível é ao pagamento das parcelas legalmente devidas, cujo direito teria sido profanado pela Administração Pública, não alguma pretensão conjunta do reconhecimento prévio da situação jurídico-funcional, cuja existência válida e eficaz, como fonte do mesmo direito, jamais foi questionada nem posta em dúvida. (…) (RT 664, p. 23-4)".

Nesse quadro cabe, pois, reconhecer a existência de óbice prescricional intransponível ao julgamento da pretensão.

5. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, meu voto nega provimento à apelação interposta por Christina Venâncio Vagner, mantendo-se a r. sentença proferida nos autos 1000747-58.2022 da digna Vara da Fazenda Pública da Comarca de Franca.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014195-42.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ALFATEST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS S/A.

ACORDAM, em 18ª 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 22.977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

MARCELO L THEODÓSIO, Relator

Ementa: RECURSO VOLUNTÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – RECURSO DE APELAÇÃO

DA EMPRESA IMPETRANTE – Mandado de segurança – Pretensão da empresa impetrante seja concedida a segurança para afastar o ato coator de exigir o ISS calculado sobre ele próprio com relação às prestações vencidas e vincendas, bem como seja garantido o direito de compensação na via administrativa do que foi pago de forma indevida nos últimos 05 anos – Sentença concessiva da segurança – Recursos das partes.

Preliminares recursais do Município de São Paulo, afastadas.

A base de cálculo do ISS resume-se exclusivamente ao preço do serviço, isto é, ao valor alcançado pela contraprestação ao serviço executado, de modo que incluir a receita do ISS, que é destinada ao Fisco, no valor do serviço extrapola os limite do dever de tributar.

Para tanto, sabe-se que a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço prestado (art. 7º da LC nº 116/03). Nessa toada, considerar os demais tributos que o contribuinte recolhe aos cofres federais (PIS, COFINS, CSLL e IRPJ) como integrantes da base de cálculo do ISSQN desvirtua o conceito do valor do serviço e pode caracterizar eventual "bis in idem".

A via eleita pela empresa impetrante não socorre o pedido de repetição com base nos arts. 165 e 166 do CTN, visto que a ação mandamental, não é sucedânea de ação de cobrança e não se presta a promover a eventual devolução de valores pagos a maior em período pretérito – Exegese das Súmulas 269 e 271 do C. STF.

Precedentes desta Egrégia 18ª Câmara de Direito Público – Sentença que concedeu a segurança, mantida – Recurso voluntário do Município de São Paulo, improvido – Recurso de apelação da empresa impetrante, improvido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **ALFATEST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS S/A** contra ato do **SECRETÁRIO MUNICIPAL DA FAZENDA DE SÃO PAULO**, alega, em resumo, que é pessoa jurídica atuante no ramo de fabricação de aparelhos e equi-

Acesso ao Sumário

pamentos de medida, teste e controle e instalação de máquinas e equipamentos industriais, sediada no município de São Paulo, contribuinte, portanto, do ISS-QN. Aduz que a Lei Municipal nº 13.701/2003, em seu artigo 14, § 3º, prevê que "O montante do Imposto é considerado parte integrante e indissociável do preço referido neste artigo, constituindo o respectivo destaque nos documentos fiscais mera indicação de controle.". Sucede que tal previsão não encontra respaldo na Constituição Federal ou na Lei Complementar nº 116/2003, sendo que esta última estabelece que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço. O preço do serviço corresponde ao valor do serviço prestado, configurando-se no valor do bem imaterial, ou seja, o serviço expresso em pecúnia, sem a inclusão de qualquer imposto "por dentro". Assim, para que o próprio ISS pudesse ser considerado como sua própria base de cálculo, tal disposição deveria estar expressa na LC 116/203, o que não é o caso. Ademais, o C. STF, no julgamento do RE nº 574.706, excluiu ao ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, entendendo que o tributo não é receita bruta para fins de formação da base de cálculo daqueles tributos, de modo que o entendimento é aplicável no presente caso, já que a legislação municipal, em seu artigo 14, menciona que a base de cálculo é considerada receita bruta. Há inconstitucionalidade na legislação, já que a base de cálculo do ISS deve ser aquela definida apenas em lei complementar, conforme determina o artigo 146, II, "a", da Constituição Federal. Em razão disso, pretende seja concedida a segurança para afastar o ato coator de exigir o ISS calculado sobre ele próprio com relação às prestações vencidas e vincendas, bem como seja garantido o direito de compensação na via administrativa do que foi pago de forma indevida nos últimos 05 anos. Juntou documentos (fls. 30/164).

Foi determinada a emenda à inicial (fls. 166), cumprida nas fls. 170/172.

A liminar foi deferida (fls. 197/201).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 219/229). Alegou preliminar de decadência e de impetração contra lei em tese, bem como a necessidade de dilação probatória. No mérito, sustentou que a base de cálculo segue o definido na Constituição Federal, sendo que o preço do serviço é o valor que o prestador cobra do tomador. Argumentou a inaplicabilidade do Tema nº 69 do C. STF no presente caso. Concluiu com o pedido de denegação da segurança.

O Ministério Público não vislumbrou interesse público a justificar sua atuação no feito (fls. 234/235).

A r. sentença às fls. 237/241, concedeu a segurança, para confirmar a liminar de fls. 197/201. Ressalvou, apenas, que a impetração não possui efeitos pretéritos. Custas e despesas na forma da Lei. Descabida a condenação em honorários advocatícios em face do art. 25 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Serviu, cópia da presente, como ofício, a ser encaminhado pela parte interessada.

Acesso ao Sumário

Inconformado, o Município de São Paulo interpôs recurso de apelação às fls. 255/271, **alegando, em preliminar: da decadência (decurso de 120 dias); da necessidade de dilação probatória**. No mais, requer, em síntese, seja dado integral provimento ao recurso de apelação, para denegar a segurança pleiteada.

Contrarrazões (fls. 293/302).

Por sua vez, a empresa impetrante interpôs recurso de apelação às fls. 276/284, requerendo, em síntese, seja dado integral provimento ao recurso de apelação, para reformar a r. sentença para que seja garantido à apelante o direito de compensar na via administrativa o que foi pago de forma indevida nos último 5 anos a título de ISS incidente sobre a sua própria base de cálculo, nos termos do artigo 165, 170, 170-A do CTN e Súmula 213 do E. STJ.

Não há contrarrazões (certidão cartorária – fls. 306).

É O RELATÓRIO.

O recurso voluntário do Município de São Paulo não comporta provimento.

O recurso de apelação da empresa impetrante não comporta provimento.

Rechaço as preliminares recursais do Município de São Paulo, conforme a seguir:

Afasto a preliminar recursal de decadência, uma vez que a empresa impetrante efetua o recolhimento do ISS quando da prestação de cada serviço indicado, de forma que o prazo para a impetração reinicia a cada tributo recolhido, bem como tendo em vista que a empresa impetrante ataca a própria incidência do imposto, que gera consequências materiais, também, não se trata de questionamento de lei em tese.

Por fim, afasto, também, a preliminar recursal da necessidade de dilação probatória, uma vez que as notas fiscais foram devidamente anexadas aos autos.

Quanto ao mérito, no caso em tela, a empresa impetrante, alegou, em resumo, que é pessoa jurídica atuante no ramo de fabricação de aparelhos e equipamentos de medida, teste e controle e instalação de máquinas e equipamentos industriais, sediada no município de São Paulo, contribuinte, portanto, do ISS-QN. Aduziu que a Lei Municipal nº 13.701/2003, em seu artigo 14, § 3º, prevê que "O montante do Imposto é considerado parte integrante e indissociável do preço referido neste artigo, constituindo o respectivo destaque nos documentos fiscais mera indicação de controle.". Sucedeu que tal previsão não encontra respaldo na Constituição Federal ou na Lei Complementar nº 116/2003, sendo que esta última estabelece que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço. O preço do serviço corresponde ao valor do serviço prestado, configurando-se no valor do bem imaterial, ou seja, o serviço expresso em pecúnia, sem a inclusão de qualquer imposto "por dentro". Assim, para que o próprio ISS pudesse ser

Acesso ao Sumário

considerado como sua própria base de cálculo, tal disposição deveria estar expressa na LC 116/203, o que não é o caso. Ademais, o C. STF, no julgamento do RE nº 574.706, excluiu ao ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, entendendo que o tributo não é receita bruta para fins de formação da base de cálculo daqueles tributos, de modo que o entendimento é aplicável no presente caso, já que a legislação municipal, em seu artigo 14, menciona que a base de cálculo é considerada receita bruta. Há inconstitucionalidade na legislação, já que a base de cálculo do ISS deve ser aquela definida apenas em lei complementar, conforme determina o artigo 146, II, "a", da Constituição Federal. Em razão disso, pretendeu seja concedida a segurança para afastar o ato coator de exigir o ISS calculado sobre ele próprio com relação às prestações vencidas e vincendas, bem como seja garantido o direito de compensação na via administrativa do que foi pago de forma indevida nos últimos 05 anos.

A r. sentença da juíza *a quo* às fls. 237/241, por sua vez, bem fundamentada, assim decidiu:

"[...].

Afasto as preliminares suscitadas pela impetrada, já que o impetrante efetua o recolhimento do ISS quando da prestação de cada serviço indicado, de forma que o prazo para a impetração reinicia a cada tributo recolhido, motivo pelo qual não há que se falar em decadência.

Outrossim, uma vez o impetrante ataca a própria incidência do imposto, que gera consequências materiais, também não se trata de questionamento de lei em tese.

No mérito, é caso de concessão da segurança.

A questão aqui discutida já foi objeto de análise pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, no julgamento da Apelação nº 9112187-90.2003.8.26.0000, julgada à unanimidade pela Col. 14ª Câmara de Direito Público em 26/08/2011, relatada pelo Eminente Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI, pronunciou-se de modo favorável à tese sustentada pela impetrante:

APELAÇÃO – Mandado de Segurança – ISS – Engenharia – Construção Civil – Preço do Serviço – Sentença parcialmente procedente. RECURSO FAZENDÁRIO – Dedução de materiais e subempreitada, da base de cálculo. Possibilidade. Inteligência do art. 9º, § 2º, a e b do Decreto-lei n° 406/68. Recurso desprovido. RECURSO DA IMPETRANTE – Integração do valor do imposto na base de cálculo. Impossibilidade. Hipótese de "cálculo por dentro" não previsto pela legislação federal. Apelo provido. – grifamos.

Extraio do citado voto os seguintes fundamentos:

Por fim, deve ser afastada a aplicação do "cálculo por dentro1" do ISS,

Acesso ao Sumário

estabelecido na Lei Municipal n° 11.110/01, que dispõe:

"Art. 24 O montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo-se eventuais destaques mera indicação para controle".

Ora, sustentando a aplicação do dispositivo supra, alega a Municipalidade (fls. 221) que o objeto do ISS seria a "circulação econômica (venda) de bens imateriais (serviços)", gravando-se, por isto, a transferência de bem imaterial a título oneroso.

Todavia, ao contrário do sistema reservado ao ICMS, inexiste previsão no Decreto-lei n° 406/68 determinando a integração na base de cálculo do ISS do valor correspondente ao preço do serviço, o que implica dizer que o legislador municipal extrapolou o aspecto material desse imposto ao alargar indevidamente sua base de cálculo.

Assim, descabida a apuração do ISS mediante aplicação do denominado "cálculo por dentro".

Em que pese a matéria discutida ter sido anterior à edição da Lei Complementar Federal nº 116/2003, certo é que não há prejuízo na aplicação do precedente, pois tal como o Decreto-lei n° 406/68, a Lei Complementar nº 116/2003 não prevê a integração na base de cálculo do ISS do valor correspondente ao preço do serviço.

E a ausência de previsão do cálculo por dentro na Lei Complementar nº 116/2003 impede que os Municípios ampliem a base de cálculo do ISS, pois compete exclusivamente à lei complementar federal estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes (Constituição Federal, art. 146, III, "a"). Digno de nota, ainda, que a Lei Complementar Federal nº 87/1996 (Lei Kandir) prevê expressamente que o ICMS compõe sua própria base de cálculo, conforme art. 13, § 1º, I:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo: (Redação dada pela Lei Complementar nº 190, de 2022) (Produção de efeitos)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Ademais, a legitimidade do cálculo por dentro, quanto ao ICMS, decorre da própria Constituição Federal, conforme art. 155, § 2º, XII, "i": "Cabe à lei complementar: (...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre,

Acesso ao Sumário

também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

Previsões correspondentes para o ISS não existem na Constituição Federal (art. 156) ou na Lei Complementar Federal nº 116/2003 (art. 7º):

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º *Quando os serviços descritos pelo subitem 3.04 da lista anexa forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.*

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;

E nem se argumente que o valor do ISS deve ser considerado como receita, pois como votou o ministro Celso de Mello, embora tratando da base de cálculo do PIS/COFINS: "O valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS, pelo fato de o ISS qualificar-se como simples ingresso financeiro que meramente transita, sem qualquer caráter de definitividade, pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte" (STF, Recurso Extraordinário 592.616). De fato, imposto não se confunde com receita do contribuinte, mas apenas um valor recolhido pelo particular e repassado ao Estado; logo, no caso do ISS, nenhum imposto pode ser incluído na sua base de cálculo, nem o próprio ISS.

Nesse sentido, a respeito da impossibilidade de inclusão de impostos na base de cálculo do ISS, entendeu o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa: Agravo de instrumento tirado de decisão interlocutória proferida em ação anulatória de lançamento tributário. A agravante ajuizou ação anulatória visando afastar a inclusão de determinados tributos na base de cálculo do ISSQN e formulou pedido de tutela antecipada para suspender a exigibilidade da cobrança e dos protestos levados à efeito pelo Município.Tais argumentos, em cognição sumária, mostraram-se verossímeis. A base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço prestado (art.7º da LC 116/03). Nessa toada, considerar os demais tributos que o contribuinte recolhe aos cofres federais (PIS,COFINS, CSLL e IRPJ) como integrantes da base de cálculo do ISSQN desvirtua o conceito de serviço e pode caracterizar eventual bis in idem. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O provimento pleiteado pela agravante e aqui concedido é reversível, pois sua eventual revogação possibilitará à Fazenda Municipal buscar a satisfação de seu crédito,

Acesso ao Sumário

sem qualquer prejuízo. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão. (Agravo de Instrumento nº 2245590-84.2020.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. BEATRIZ BRAGA, j. 22.01.2021 – V.U.).

Isso considerado, tenho que a base de cálculo do ISS resume-se exclusivamente ao preço do serviço, ou seja, ao valor obtido pela contraprestação ao serviço executado, de modo que incluir a receita do ISS – que é destinada ao Fisco –, no valor do serviço extrapola os limite do dever de tributar.

[...].". **Grifos nossos.**

Assim, o conjunto probatório carreado aos autos, corroborou para que a juíza *a quo* proferisse com exatidão a r. sentença, que por sua vez bem fundamentada, analisou *in casu* todos os elementos fático-jurídicos alegados pelas partes.

Cumpre-se, salientar, que, "in casu", a base de cálculo do ISS resume-se exclusivamente ao preço do serviço, isto é, ao valor alcançado pela contraprestação ao serviço executado, de modo que incluir a receita do ISS, que é destinada ao Fisco, no valor do serviço extrapola os limite do dever de tributar.

Para tanto, sabe-se que a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço prestado (art. 7º da LC nº 116/03). Nessa toada, considerar os demais tributos que o contribuinte recolhe aos cofres federais (PIS, COFINS, CSLL e IRPJ) como integrantes da base de cálculo do ISSQN desvirtua o conceito do valor do serviço e pode caracterizar eventual *bis in idem*.

Ressalte-se, ainda, que, a via eleita pela empresa impetrante não socorre o pedido de repetição com base nos arts. 165 e 166 do CTN, visto que a ação mandamental, não é sucedânea de ação de cobrança e não se presta a promover a eventual devolução de valores pagos a maior em período pretérito.

Nesse sentido é o que dispõe a Súmula 269 do C. STF, *in verbis*: "*O mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança*".

Ademais, a Súmula 271, do Colendo Supremo Tribunal Federal, assim preconiza:

"concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia 18ª Câmara de Direito Público, deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Agravo de instrumento tirado de decisão interlocutória proferida em ação anulatória de lançamento tributário. A agravante ajuizou ação anulatória visando afastar a inclusão de determinados tributos na base de cálculo do ISSQN e formulou pedido de tutela antecipada para suspender

a exigibilidade da cobrança e dos protestos levados à efeito pelo Município. Tais argumentos, em cognição sumária, mostraram-se verossímeis. A base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço prestado(art.7º da LC 116/03). Nessa toada, considerar os demais tributos que o contribuinte recolhe aos cofres federais (PIS, COFINS, CSLL e IRPJ) como integrantes da base de cálculo do ISSQN desvirtua o conceito de serviço e pode caracterizar eventual bis in idem. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O provimento pleiteado pela agravante e aqui concedido é reversível, pois sua eventual revogação possibilitará à Fazenda Municipal buscar a satisfação de seu crédito, sem qualquer prejuízo. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão. (Agravo de Instrumento nº 2245590-84.2020.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Público, Relatora Desembargadora ***BEATRIZ BRAGA****, j. 22.01.2021 – V.U.);*

"Agravo de Instrumento e Agravo Regimental. A recorrente impetrou o mandado de segurança visando afastar a inclusão de determinados tributos (PIS e COFINS) na base de cálculo do ISSQN. A decisão recorrida indeferiu o pedido liminar. A irresignação da agravante comporta provimento. Em sede de cognição sumária, mostraram-se verossímeis os argumentos lançados pela empresa. A base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço prestado (art.7º da LC 116/03). Nessa toada, considerar os demais tributos que o contribuinte recolhe aos cofres federais (PIS, COFINS) como integrantes da base de cálculo do ISSQN desvirtua o conceito de serviço e pode caracterizar eventual bis in idem. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O provimento pleiteado pela agravante e aqui concedido é reversível, pois sua eventual revogação possibilitará à Fazenda Municipal buscar a satisfação de seu crédito, sem qualquer prejuízo. Dá-se provimento ao recurso, prejudicado o agravo regimental, nos termos do acórdão." (TJSP; Agravo de Instrumento 2028738-32.2021.8.26.0000; Relatora: ***BEATRIZ BRAGA****; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/06/2021; Data de Registro: 11/06/2021);*

"Apelação – Mandado de Segurança – Pretensão à dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados em obra de construção civil contratada por empreitada global, especificamente pré-moldados – Pedido rejeitado administrativamente – Sentença que julgou procedente a ação por entender serem devidas as deduções dos valores dos materiais empregados na prestação do serviço da base de cálculo do imposto (art. 7º, §2º, inc. I, item 7.02, da LC 116/03 e Anexo) – Entendimento firmado no RE 603.497 do STF, com repercussão geral reconhecida, de que os materiais utilizados na construção civil, pelo prestador do serviço – não

Acesso ao Sumário

importa se foram produzidos pelo próprio contribuinte ou adquiridos de outrem, importa que tenham sido "empregados" na obra, devam ser deduzidos da base de cálculo do ISS – Possibilidade que se condiciona à apresentação de notas fiscais que elenquem e especifiquem os materiais e seus respectivos valores as quais foram apresentadas – Manutenção da sentença. Mandado de segurança que se configura em via inadequada para pedido de repetição do indébito – Não conhecimento do pedido – Súmulas 269 e 271 do STF – Sentença mantida com observação quanto ao dispositivo final da sentença – Recursos oficial, do Município e da impetrante desprovidos." (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1002078-24.2018.8.26.0323; Relator: ***ROBERTO MARTINS DE SOUZA****; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Lorena - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2019; Data de Registro: 28/11/2019).*

Por fim, a r. sentença às fls. 237/241 proferida pela eminente magistrada doutora PATRICIA PERSICANO PIRES, merece prevalecer *in totum* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de pré-questionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (STJ, EDROMS 18205/SP, Ministro **FELIX FISCHER**, DJ 8/5/2006, p. 240).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso voluntário do Município de São Paulo e ao recurso de apelação da empresa impetrante, destarte, mantendo-se a r. Sentença tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000620-96.2020.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante MUNICÍPIO DE GUARAÇAÍ, é apelado MARCOS AURELIO MION ME.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. (Sustentou oralmente o Dr João Carlos Rizolli – OAB-SP 110.872)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.666)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AFONSO FARO

Acesso ao Sumário

JR.

São Paulo, 8 de novembro de 2022.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: CONTRATO ADMINISTRATIVO. Concessão do direito real de uso do velório municipal e exploração dos serviços funerários no Município de Guaraçaí. Rescisão unilateral da avença pela municipalidade. Pretensão destinada à anulação do ato administrativo de rescisão. Sentença de procedência. Manutenção. Ilegalidade do procedimento que ensejou a rescisão do contrato. Ausência de processo administrativo autônomo para apuração do suposto descumprimento contratual e de observação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa à autora. Descumprimento do contrato, ademais, que decorreu da alteração unilateral de suas cláusulas pela municipalidade.

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por *MARCOS AURELIO MION ME* em face do *MUNICÍPIO DE GUARAÇAÍ* objetivando a anulação do ato administrativo de rescisão unilateral do contrato administrativo nº 039/2019, firmado em razão de concorrência pública para a concessão da exploração de serviços de organização e realização de funerais, utilizando o velório municipal.

A r. sentença de fls. 811-816, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação "*a fim de declarar (i) nulo o ato administrativo que rescindiu o contrato nº 039/2019, que trata da concessão de serviços funerários com o uso do prédio denominado Velório Municipal, bem como os demais atos dele decorrentes, restabelecendo o status quo ante; (ii) válida a cobrança de tarifas pela concessionária do serviço público pelo uso do bem objeto da lide; (iii) cumpridas, até então, as obrigações assumidas pela parte autora, referentes ao contrato nº 039/2019*.". Julgou improcedente na mesma oportunidade a ação nº 1000290-02.2020.8.26.0356, na qual se buscava a reintegração de posse ajuizada pelo Município.

Em razão da sucumbência, condenou a municipalidade ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado de ambas as causas.

Acesso ao Sumário

Inconformado, insurge-se o Município objetivando a reforma do decisum (fls. 876-884). Sustenta, em síntese, que a autora descumpriu diversas obrigações previstas no contrato, o que ensejou a declaração de sua rescisão, após regular processo administrativo.

Processado o recurso, foram apresentadas as contrarrazões (fls. 891-911).

A autora se opôs ao julgamento virtual (fls. 1024).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, por meio do parecer de fls. 1029-1030, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o breve relato.

O recurso não comporta provimento.

Conforme se verifica dos autos, a autora se sagrou vencedora na concorrência pública nº 003/2017 (processo administrativo nº 059/2017) para exploração de serviço de organização e realização de funerais, com concessão do direito real de uso do velório municipal de Guaraçaí, tendo firmado o contrato administrativo nº 039/2019 em 13.05.2019.

Alega, em síntese, que poucos meses após o início da execução do contrato, este foi unilateralmente rescindido de forma arbitrária e ilegal, sob alegação de que a autora estaria cobrando pela utilização do velório sem que houvesse autorização para tanto e não teria apresentado relatório mensal da execução dos serviços. Também foram aplicadas as sanções de suspensão de participação em licitações, impedimento de contratar com o Município e multa.

Sustenta, porém, que não foi descumprida nenhuma cláusula contratual e que não foram respeitadas as salvaguardas constitucionais da ampla defesa e do contraditório, requerendo a declaração de nulidade da rescisão unilateral e das sanções aplicadas, além de restabelecer o contrato administrativo e reconhecer a legalidade das cláusulas que preveem o pagamento de tarifas pelos usuários do velório e o cumprimento delas pela autora.

Pois bem.

Com efeito, embora seja vedado ao Judiciário o exame do mérito do ato administrativo, é permitida a análise da indispensável observância ao devido processo legal, ampla defesa e ao contraditório. Assim, o processo administrativo está sujeito ao crivo jurisdicional, exclusivamente, no que se refere aos seus requisitos legais, sendo autorizada sua anulação, bem como todos os seus efeitos, na hipótese de não serem observados os procedimentos previstos em lei.

Explica Seabra Fagundes que as restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências, justifica-se pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar. Assim, "*ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do con-*

Acesso ao Sumário

trole jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão" (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 148).

Na hipótese dos autos, constata-se que o Município não observou as garantias constitucionais e nem os requisitos legais ao rescindir unilateralmente o contrato administrativo celebrado com a autora.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "*a Administração, pela rescisão administrativa, põe termo à execução do ajuste e assume o seu objeto, independentemente de ordem ou decisão judicial, pois essa é uma de suas prerrogativas nos contratos tipicamente administrativos, salvo de empréstimos públicos, dado o seu caráter eminentemente financeiro. Por outro lado, em qualquer caso exige-se procedimento regular com oportunidade de defesa e justa causa, pois a rescisão administrativa não é discricionária, mas vinculada aos motivos ensejadores desse excepcional distrato.*" (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 29ª edição. p. 223 – grifos nossos).

Na lição de Marçal Justen Filho, "*a rescisão deverá ser precedida de todos os levantamentos necessários e que comprovem, dentro dos limites do conhecimento dominado, a efetiva necessidade da extinção do contrato*", uma vez que "*não se admite a invocação a razões imprecisas e indeterminadas, de cunho duvidoso ou meramente opinativa*" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. São Paulo. 2005, p. 592.).

Verifica-se que a rescisão unilateral se operou no processo administrativo nº 059/2017 (fls. 42-649) que tratou da concorrência pública, sem que tenha sido iniciado processo autônomo para apuração do alegado descumprimento contratual.

No aludido processo administrativo, após a assinatura do contrato administrativo nº 039/2019 (fls. 528-533), a 1ª Promotoria de Justiça de Mirandópolis comunicou a instauração de inquérito civil para apuração de irregularidades na concessão do serviço de funerária (fls. 544-545). Requereu, na oportunidade, os seguintes esclarecimentos:

> *"I. se além da proposta apresentada por Marcos Aurélio Mion - ME alguma outra foi analisada;*
>
> *II. a razão de não ter procedido por nova licitação em razão da desclassificação os outros dois licitantes e o objeto tendo sido adjudicado diretamente para Marcos Aurélio Mion - ME;*
>
> *III. a razão de no procedimento licitatório não ter sido observado os valores previstos no manual do diretor funerário da Associação Brasileira de Empresas e Diretores do Setor Funerário."*

Não consta dos autos que o Município tenha fiscalizado a execução do contrato ou recebido reclamação de algum usuário, a fim de apurar a existência

Acesso ao Sumário

de descumprimento por parte da autora, nos termos dispostos no artigo 67 e seus parágrafos, da Lei nº 8.666/1993:

> *"Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*
>
> § 1º. O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.
>
> § 2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes."

Baseou-se, como visto, na notificação de instauração de inquérito civil pelo Ministério Público.

Assim, sem qualquer apuração ou prévia oitiva da autora, o Município lhe encaminhou notificação informando que "*Verifica-se da lista de serviços a serem prestados que dela não consta a locação de salas para velório, especialmente para munícipes e mais ainda para "clientes" da empresa concessionária. Portanto, verifica- se a irregularidade das cobranças informadas ao município por meio de relatório de alugueis. Ainda que houvesse previsão para cobrança de locação de salas para munícipes e clientes da concessionária, observa-se ainda que os valores informados estão em desacordo com a tabela proposta (R$ 691,00)*." e determinando a abstenção de cobrança de locação de salas de velórios, a restituição dos valores cobrados dos munícipes, a comprovação dos serviços executados e a comunicação de prestação de serviços a usuários carentes (fls. 558-560).

A autora apresentou os esclarecimentos solicitados pelo Município, a sua discordância com as determinações impostas e esclarecimentos acerca da cobrança de tarifa pelo aluguel de salas para velório (fls. 564-567), além dos documentos de fls. 568-589, comprovando a prestação dos serviços nos moldes requeridos na notificação.

Neste ponto, com relação à cobrança da tarifa, um dos pressupostos do contrato de concessão pública é a prestação de serviço adequado e este, nos termos do artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.987/1995, tem por um dos requisitos a existência de tarifas módicas:

> *"Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*
>
> § 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade,

Acesso ao Sumário

generalidade, cortesia na sua prestação e *modicidade das tarifas*."

A cláusula primeira do contrato administrativo previa a concessão do velório municipal para a sua utilização e exploração de serviços funerários:

> *"PRIMEIRA (DO OBJETO) - O objeto do presente contrato é a outorga de concessão, pela CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, para a exploração de serviços funerários no Município de GUARAÇAÍ-SP, com a utilização do velório municipal, sob o regime de concessão de serviço público consistente na organização e realização de funerais, utilizando o velório municipal, em conformidade com o artigo 175, da Constituição Federal, legislação municipal e as disposições do Edital de Concorrência nº 003/2017 e seus anexos, a ser prestado pela CONCESSIONÁRIA mediante remuneração pelos usuários, nos valores da menor proposta vencedora do certame licitatório, atendidas às cláusulas e condições a seguir enunciadas."*

Deve ser ressaltado que, conforme manual da Associação Brasileira de Empresas e Diretores do Setor Funerário ABREDIF (fls. 63-75), os usuários dos serviços funerários podem optar pelo funeral simples ou completo, com as seguintes diferenças:

> *"VALOR DO FUNERAL BÁSICO*
>
> *Compreende o fornecimento de artefatos e serviços essenciais e necessários para realização de um funeral com dignidade. (Não compreende parte de cemitério).*
>
> *VALOR DO FUNERAL COMPLETO*
>
> *Compreende fornecimento de artefatos essenciais (funeral básico) acrescidos da locação de sala de velar de padrão equivalente, de tanatopraxia para até 24 horas e assistência aos participantes das homenagens póstumas. (Não inclui parte de cemitério)."*

Diversamente do que pretende fazer crer o Município, com a concessão do direito real de uso do bem público – velório municipal – para a autora, ela estava obrigada a disponibilizar a suas salas aos usuários que desejassem utilizá-las, podendo cobrar tarifa pela sua utilização.

Acesso ao Sumário

Caso sua obrigação fosse somente o fornecimento de materiais ou outros serviços mais simples, sequer haveria necessidade de concessão do imóvel.

E, como bem ressaltou o MM. Juízo *a quo*, "*quando a municipalidade requerida notificou a empresa autora de se abster de cobrar as tarifas dos usuários pelo uso das salas do prédio denominado Velório Municipal e determinou a devolução dos respectivos valores aos munícipes, e por outro lado manteve a cobrança da contraprestação de dez mil reais prevista em contrato, ensejou, de forma direta e unilateral, na alteração do contrato administrativo, desequilibrando-o nos aspectos econômico e financeiro*.".

Ademais, com relação à prestação de contas, a autora vinha apresentan-

do relatórios mensais, nos termos determinados na cláusula 9.1, item VIII, do contrato:

> *"NONA (DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA) -*
>
> *9.1. Caberá a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações constantes no Edital de Concorrência nº 003/2017 ou neste contrato:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - Comprovar mensalmente a execução de serviços com o uso do Velório Municipal, sobre pena de rescisão contratual em caso de dois meses consecutivos sem a sua prestação ou três meses dentro do período de um ano."*

O Município entendeu que os documentos apresentados seriam insuficientes e, após a notificação, a autora apresentou notas fiscais dos serviços prestados, cumprindo a determinação imposta.

Porém, o Município emitiu termo de notificação de rescisão unilateral de contrato administrativo nº 039/2019 (fls. 599-604) constando dele que "*Por conta de culpa exclusiva da notificada que gerou a rescisão contratual, e por determinação legal, fica ressaltado neste termo de Notificação e Rescisão a possibilidade de aplicação das penalidades previstas no Edital no Contrato e na Lei 8.666/93, que será apurado mediante o regular processo administrativo em respeito à ampla defesa e contraditório por parte da empresa ora notificada.". Constou também que "Transitado em julgado, sem manifestação da empresa notificada, providencie a cobrança da multa administrativa, administrativamente ou judicial, bem como retornem os autos conclusos, para deliberar a respeito das demais sanções cabíveis*.".

A autora apresentou defesa (fls. 608-619), tendo sido proferida decisão aplicando "à concessionária a suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pelo prazo de dois anos (art. 87, III da Lei 8666/93), além da imposição de multa corresponde a 20 UFM›s (Unidades Fiscais Municipais) (art. art. 87, III da Lei 8666/93 c.c. cláusula décima primeira, "b" do contrato)." (fls. 643-645).

A rescisão unilateral é, de fato, nula.

Não foi observado o devido processo legal e nem garantido o contraditório e ampla defesa à autora.

O Município somente cogitou a instauração de processo administrativo após a rescisão e para o único fim de apurar as penalidades a serem impostas à autora.

Sem a instauração de qualquer procedimento administrativo, o Município alterou unilateralmente o contrato, privando a autora de cobrar tarifa pela prestação dos serviços, e não apreciou os argumentos por ela apresentados para

Acesso ao Sumário

defesa de seu ato. Com relação à prestação de contas, que vinha sendo apresentada conforme previsão em contrato, a autora exibiu as notas fiscais solicitadas pela autora, suprindo a falta apontada.

As alegações de que os descumprimentos prosseguiram após o deferimento da tutela de urgência não comportam acolhida, eis que foi deferido o parcelamento do valor da parcela mensal, que vem sendo recolhido pela autora. As prestações de contas estão sendo apresentadas diretamente ao Município, comprovando-se nestes autos.

Assim, diante da ilegalidade do procedimento adotado pelo Município, a r. sentença deve ser mantida em sua integralidade.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO ADMINISTRATIVO – Rescisão unilateral pela Administração Pública – Art. 78 da Lei nº 8.666/93 – Administração pública que não observou os requisitos previstos na Lei nº 8.666/93 – Violação à ampla-defesa, contraditório, proporcionalidade e razoabilidade – Nulidade do ato de rescisão unilateral – Sentença reformada – Recurso provido."

(Apelação Cível 1001548-48.2020.8.26.0291; Relatora: Maria Laura Tavares; Data do Julgamento: 07/01/2021).

Desprovido o apelo, são devidos honorários sucumbenciais recursais, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil. Nesse passo, atendidos os critérios estabelecidos no § 2º do referido dispositivo, deverá ser acrescido 2 p.p. (dois pontos percentuais) à verba já fixada, em desfavor da apelante, totalizando condenação em 12% do valor da causa da ação declaratória.

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, nos termos acima referidos, nega-se provimento ao recurso.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1035139-71.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante W.T., é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN-SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso por maioria de votos, vencido o Relator sorteado, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.038)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA, vencedor, SOUZA MEIRELLES, vencido, EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e SOUZA NERY.

São Paulo, 28 de outubro de 2022.

J.M. RIBEIRO DE PAULA, Relator designado

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA – Pretensão de declarar a nulidade do processo de cassação do direito de dirigir – Demonstração do envio das notificações no processo administrativo – Respeito ao devido processo legal – Presunção de legitimidade dos atos administrativos – Sentença de improcedência confirmada – Recurso de apelação, desprovido por maioria de votos (4x1).

VOTO

Ação proposta por W.T. contra o Departamento Estadual de Trânsito - Detran/SP, objetivando a anulação da pena de cassação do direito de dirigir.

A sentença, de relatório adotado, julgou improcedente o pedido inicial.[1]

Recorre o autor pela reforma da sentença; recurso processado, sem resposta.[2]

Fundamentação

Voto vencido do ilustre Des. Sousa Meirelles (Relator sorteado); votos vencedores deste 3º Juiz e dos eminentes 2º, 4º e 5º Juízes, Des. Osvaldo de Oliveira, Des. Edson Ferreira e Des. Souza Nery, que negaram provimento ao recurso. Fui designado para redigir o acórdão.

Sustenta o autor que foi penalizado com a cassação do direito de dirigir por ter cometido infração de trânsito no período em que cumpria a pena de suspensão do direito de dirigir; não recebeu notificação acerca da infração de trânsito, o que viola o devido processo legal. Pleiteia a declaração de nulidade do procedimento de cassação do direito de dirigir.

Considera-se irregular a instauração de procedimento administrado, visando à aplicação da penalidade de cassação do direito de dirigir, sem a garantia

1 Sentença, fls. 127/131.

2 Recurso de apelação, fls. 138/142.

do contraditório e da ampla defesa.

A jurisprudência já pacificou entendimento no sentido de que a notificação para apresentação de defesa é essencial ao procedimento administrativo de cassação ou suspensão do direito de dirigir, corolário da garantia constitucional da ampla defesa e do devido processo legal.

No entanto, o réu trouxe cópia do processo administrativo, pela qual demonstra o envio de notificações de instauração do procedimento e das decisões proferidas,[3] conforme documentos de que consta, dentre outras informações, a data da emissão e da postagem, que se reputa verdadeiro por presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Os documentos juntados demonstram que as notificações foram devidamente encaminhadas ao endereço do autor informado nos cadastros do ente público.

Diversamente dos [poucos] que pensam em contrário, em matéria de trânsito a burocracia funciona, e bem, sem ofensa à lei, que dispensa prova de recebimento da notificação; até a comunicação de alteração de endereço é obrigatória, se o autuado que não receber a intimação porque mudou de endereço sem comunicar, será considerado intimado para todos os efeitos legais, conforme dispõe o art. 282, § 1º, do CTB.

Não é o caso de exigir que as notificações sejam feitas através de correspondência com aviso de recebimento, sendo suficiente a prova produzida pelo réu, ante a presunção de legitimidade não afastada pelo autor.

Nesse sentido tem decidido o STJ, intérprete maior da lei federal, e maciça orientação da jurisprudência deste TJSP, que caminham em sentido contrário ao da prancha monográfica do eminente Relator.

Portanto, cumprido o devido processo legal, não é o caso de anular o procedimento administrativo que culminou na aplicação da pena de cassação do direito de dirigir.

Ante o exposto, respeitado o convencimento do nobre relator sorteado (vencido), por maioria foi mantida a r. sentença de rejeição do pedido inicial; honorários advocatícios majorados de R$ 500,00 para R$ 750,00 (CPC, art. 85, § 11), ressalvados os benefícios da justiça gratuita concedidos ao autor.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 20.461)

3 Fls. 80/117.

Acesso ao Sumário

Com sobejo respeito aos fundamentos lançados no voto vencedor, com as costumeiras percuciência e propriedade pelo Excelentíssimo Relator e placitados majoritariamente pela Doutíssima Turma Julgadora, roga-se vênia para deles dissentir.

Apelação cível manejada por W.T. nos autos de demanda de obrigação de fazer movida em face do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo - DETRAN-SP, os quais tramitaram na 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos, cujos pedidos foram julgados improcedentes, condenando-se o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, ressalvada a condição de beneficiário da justiça gratuita.

Vindica o apelante a reforma da r. sentença, buscando anulação dos processos administrativos que culminaram na cassação de seu direito de dirigir. Narra que, durante o cumprimento de penalidade de suspensão, conduziu veículo automotor e cometeu infração, fatos ensejaram os procedimentos ora impugnados. Argumenta, em síntese, não ter sido notificado acerca da instauração dos processos de cassação, bem como nulidade da decisão que impôs a penalidade, por carência de fundamentação.

Recurso tempestivo, processado e não-contrariado (fl. 149).

Tal, em abreviado, o relatório.

De proêmio, malgrado o equívoco da parte recorrente ao interpor "recurso inominado", a pretexto de se tratar de procedimento especial do Juizado Especial, certo é que a petição inicial foi endereçada a uma das Varas de Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos e os autos tramitaram em vara comum.

Assim, conclui-se tratar de mero lapso de nomenclatura, passível de superação mediante incidência dos **princípios da fungibilidade recursal e instrumentalidade das formas**, admitindo-se o recurso como **apelação**.

Feitas tais observações, analisa-se o mérito.

Conforme bem relatado na origem, *"W.T. ajuíza ação em face do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO. Alega o autor que teve sua Carteira Nacional de Habilitação (CNH) suspensa. Aduz que, enquanto cumpria período suspensivo, encontrou-se na necessidade de utilizar seu veículo para fins laborais, o que resultou na pena de cassação de sua CNH, não tendo, ainda, acesso ao processo administrativo que culminou na referida penalidade, não havendo, assim, fundamentação relevante para a aplicação da penalidade. Pretende a procedência da presente demanda a fim de que seja desbloqueada sua Carteira Nacional de Habilitação de n. 3359687409, com a nulidade do processo administrativo de cassação de n. 561/2019 e 562/2019, autorizando o autor a renovar sua CNH."*.

Acesso ao Sumário

Em contestação, o requerido essencialmente alegou suficiência da postagem das notificações e dispensabilidade de comprovação do recebimento. Argumentou ser de responsabilidade do proprietário do veículo manter atualizado

o cadastro de seus dados, de modo a possibilitar o recebimento de notificações no endereço indicado.

O juízo a quo houve por bem acolher as alegações da autoridade coatora, assentando que "*para a constituição regular do processo administrativo, basta a simples comprovação da postagem das notificações, dirigidas ao endereço do proprietário do veículo segundo os cadastros e registros do órgão de trânsito, não se fazendo necessária, portanto, a prova do seu efetivo recebimento*.".

O recurso **comporta provimento.**

Forremo-nos de especular quanto a poder-se subsistir um regime estratificado acerca dos requisitos de forma para o conhecimento do conteúdo dos atos administrativos de Trânsito comparativamente a categorias outras de negócios jurídicos, em especial, de Direito Público.

O Direito de Trânsito, se assim possamos exprimir-nos em relação a este "agregado" casuístico e assistemático de normas, tampouco logrou um estágio de evolução que lhe permita reivindicar o *status* de disciplina estanque, provida de dinâmica para abarcar com cientificidade todas as relações substanciais ou formais plasmáveis pela mobilidade humana motorizada nas artérias públicas.

Não há nem poderia haver.

Proposições relativas à teoria da prova e às garantias fundamentais de defesa constituem pautas rígidas, o chamado *núcleo duro* de todos os sistemas persecutórios, razão de não comportarem improvisos nem experimentos.

Provenham de que fonte provierem, atrelam-se a princípios universalmente sancionados pela civilização jurídica, não passíveis de serem minimamente conspurcados, os quais, por embora oriundos do Constitucionalismo e dos Direitos Processual e Civil clássicos, passaram a compor imperativamente os estatutos de todos os sistemas modernos de raízes romanísticas, com indiferença sejam eles de direito público ou privado.

Claro está que, em nome do intérmino progresso nas comunicações interpessoais, o legislador do **art. 282, *caput*, *in fine***, do Código de Trânsito Brasileiro, encareceu-se que alternativamente a **notificação** formal das infrações, penalidades e respectivos procedimentos se processassem mediante "**remessa postal**" ou "**qualquer outro meio tecnológico hábil**", contanto que esse meio a adotar-se – aqui bate o ponto axial – "**assegure a ciência da imposição da penalidade**".

Do contrário, não vale.

Tudo quanto pontuado nos pede inferir que o legislador teria conferido inequívoca opção pelo método de encaminhamento, com isto sugerindo pleno poder discricionário para agir.

É vero.

Mas, querendo-se remontar à fonte mesma da problemática, não menos

Acesso ao Sumário

certo é que o Direito Administrativo desconhece poderes plenos e livres escolhas acerca da realizabilidade formal dos seus atos, com o que viria a se confundir com a vedada *discricionariedade pura* ou com a arbitrariedade mesma.

Dada semelhante premissa, ao contrário o que se recomenda e persegue incessantemente é que todo agente público realize a **melhor escolha** (princípio da eficiência administrativa) dentre os meios físicos ou tecnológicos que lhe sejam disponibilizados, como tal entendida aquela que se amolde à perfectibilidade do meio para atingir-se o finalismo objetivado, aqui, no sentido de considerar alguém por efetivamente "cientificado".

Também, em termos mais precisos, leiamos, à força de complemento: "***a discricionariedade não pode ser exercida nem contra a finalidade nem mesmo sem ela, apenas, em favor dela***" (DIOGO MOREIRA DE FIGUEIREDO NETO, *Legitimidade e Discricionariedade*, Forense, 1988, p. 34.)

O conselho federal regulamentador do Trânsito editara o art. 3º, § 1º, da Resolução 404, depois o art. 4º, § 1º, da Resolução 619, que revogou a primeira, e, finalmente, em vigência a **Resolução 918**, de 28 de abril 2022, cujo **art. 30, incisos I** e **II**, reproduzem as diretrizes precedentes e contrariando as escolas fenomenalistas do Direito, fez inserir as subseguintes expressões:

> ***"A expedição das notificações de que trata esta Resolução se caracterizará:***
>
> ***I – pela entrega da notificação pelo órgão autuador à empresa responsável por seu envio, quando utilizada a remessa postal; ou***
>
> ***II – pelo envio eletrônico da notificação pelo órgão autuador do veículo, quando utilizado o sistema de notificação eletrônica".***

O **artigo 282,** ***caput*****,** ***in fine***, do **Código de Trânsito Brasileiro**, entretanto, categoricamente expende:

> (...) ***será aplicada a penalidade e expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil que assegure a ciência da imposição da penalidade".*** (o grifo o foi por nós).

Note-se a patenteada dissonância textual, eis que a um tempo em que o legislador manda assegurar a "ciência", o regulamentador metaforicamente "avança o sinal vermelho", intentando travestir o simples ato da "**expedição**" de uma função cognicional passiva que esse meio de controle documental interno da repartição pública expedidora não detém jamais eficácia para colmatar.

"**Expedição**" é, e continuará sendo, simples externalidade material do ato administrativo, que não assegura a "**ciência**" de absolutamente nada, exceto dela própria.

Algo análogo a ter esse regulamentador vivenciado, por assim dizer, um "*alzheimer léxical*"[4], ao tentar equiparar, em efeitos jurídicos, "***expedição***",

4 "***O homem tem o instinto de se jogar contra os limites da linguagem" - LUDWIG WITTGENS-***

Acesso ao Sumário

"***notificação***" e "***ciência***", três étimos que, bastando consultasse os dicionaristas, sugerem signos linguísticos distintos não somente no domínio do vernáculo como também e sobretudo nos compêndios de **teoria elementaríssima do direito.**

Cometeu-se mais o lapso metafísico de alçar à condição de "**fim**" algo que não detém forças para ultrapassar o conceito reducionista de "**ferramental**" (mero).

Parece-nos que os conselheiros, ao redigirem seus textos, esqueceram-se sobretudo do pacífico construto doutrinário de que, na engenharia dos regulamentos, não é jamais permitido por via deste limitado apetrecho formularem-se **interpretações autênticas**[5], com o quê estar-se-ia a usurpar de uma função cuja índole ontológica não se compraz com delegações de qualquer matiz, posto tarefa da alçada institucional de jurisconsultos e juízes.

Para começo de conversa, não é demais rememorar que a empresa receptiva é apenas prestadora de serviço de utilidade pública, e não "sujeito" da relação de direito substancial sub oculi, tampouco se arvora no exercício de poderes de polícia administrativa e muito menos seus empregados celetistas indumentam-se de fé pública.

Não se afigura necessário mais que rudimentos de Lógica para intuir que um instrumento deixa de ser instrumento se vem se desviar da finalidade prática para a qual engendrado.

Consabe-se, a tríplice função dos regulamentos é "***esclarecer***", "***auxiliar***" e eventualmente "**complementar**" o sentido da **lei-institutriz**, não, porém, querer-se criar "**regra nova**", o que se lhe afigura constitucionalmente defeso.

Forjou-se, desse modo, permanente impasse consubstanciado no contraste lógico entre três hierarquias normativas autônomas, conquanto interpenetráveis e intercomunicáveis – a **Constituição**, a **Lei** e o **Regulamento**.

Em realidade, entre preceitos normativos que se contrapõem no plano teleológico há que se perquirir da natureza hierárquico-estrutural de ambos para apaziguar sobre qual deles haveria de prevalecer diante de uma conjetural conflitualidade intrínseca.

E, nesse compasso de análise, a escolha será imediata e peremptória: **sacrifica-se, tomando-o por não-escrito o regulamento em relação aos ditames da norma geral e abstrata**, porque só este comando, por ter passado pelas fricções do Parlamento, consubstancia-se como legitimador institucional

Acesso ao Sumário

TEIN, *Tratado Lógico-Filosófico*, Ed. Suhrkamp, 3º volume, 1967, p. 68.

5 "O regulamento pode esclarecer o sentido da lei e completá-lo; mas não tem o valor de interpretação autêntica oferecida por aquele, ou por qualquer outro ato ministerial: os tribunais tomam conhecimento das dúvidas levantadas sobre a correção da exegese constante de um regulamento, e, se lhes parecem procedentes, fulminam o mesmo, consideram-no írrito e nulo, por incompatível com a lei a que se refere" - **PONTES DE MIRANDA**, *Tratado de Direito Privado*, Editora Revista dos Tribunais, 4ª. edição, Tomo LII, 1983, pp. 169-170.

da vontade coletiva.

Precisemos: delineia-se óbvio e linear que a delegação constitucional para editar regulamentos, dos quais a "**resolução**" se inscreve como uma das subespécies, republicanamente não legitima o artífice da regra regulamentar a desertar-se dos paradigmas das **leis-matrizes** (art. 5º, LV da Constituição da República e art. 282, in fine do CTB), pena de invalimento, como dilucida o célebre administrativista português **MARCELLO CAETANO**: *in litteris.*

> "Um regulamento não pode conter disposições que contrariem a doutrina consagrada em lei. E a ilegalidade dos preceitos regulamentares constitui um vício que afeta a validade deles. Em rigor nem seria necessária uma declaração formal de nulidade do regulamento ilegal para fazer cessar a sua vigência. Quando alguém se encontra perante dois comandos normativos contraditórios – sendo um, o da lei, hierarquicamente superior ao outro, o do regulamento – o conflito tem de ser resolvido optando pela norma de maior valor e desprezando a que lhe deve estar subordinada. Mas nem sempre é fácil tal opção e por isso as legislações prevêem, por via de regra, ações judiciais que permitam fixar com certeza a existência de contradição entre as normas e afirmar a prevalência da lei"[6].

"**Escola do Direito Livre**", devaneio de Ernst Stampe (1856-1942), Ernst Fuchs (1859-1929), Eugen Ehrlich (1862-1922), Hermman Kantorovicz (1877-1940) que nunca vingou, ainda possui entusiastas em atividade aqui nos trópicos, "*tristes trópicos*".[7]

O "**acessório**" tentando usurpar a condição do "principal" é um modelo bem acabado daquela pedalada praxística que o escritor francês espirituosamente alcunhou de "*jeitinho brasileiro*".[8]

Mais que uma heresia semiológica, o inexperto redator parece não ter atinado para a completa ineficácia, segundo o Direito Civil da ancestralidade, deste faz-de-conta ou abstração que ilusoriamente expecta seja considerada como real.

Opera-se como se essa "**ficção de conhecimento**" (*sic*) por parte do administrado detivesse força para "revogar" a realidade fenomênica condicionante absoluta da **eficácia de todo e qualquer negócio jurídico bilateral**, provenha-se de uma fonte oficial ou dos nexos de autonomia plasmados pelas volições privadas[9]: in litteris

6 **MARCELLO CAETANO**, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Livraria Almedina, 2ª edição, p. 84.

7 **CLAUDE LÉVI-STRAUSS.**

8 Pode ser definido como uma maneira engenhosa de tornar o impossível, possível; o injusto, justo; o ilegal, legal - **C. MORAZÉ** - *Les trois Âges Du Brèsil* - (Paris: Libraire Armand Colin, 1954) pág. 195.

9 "O Direito Administrativo, se de um lado é um sistema autônomo, que pode, em regra, bastar-se a si próprio, não é, de outro lado, um sistema inteiramente fechado em si mesmo. E, assim, as normas secundárias que integram as suas lacunas, isto é, suprem a falta de disposições expressas, poderão procurar-se, ou em outras normas de direito administrativo, ou naquelas de direito privado, ou ainda naquelas atinentes a outros ramos do direito, segundo elas contemplem os casos mais semelhantes ou as matérias mais análogas

Acesso ao Sumário

"Denomina-se *receptícia* a declaração de vontade que deve ser dirigida (e, pois, comunicada ou **notificada**) a destinatário, ou destinatários certos e determinados, porque **só efeitos jurídicos produz ''se" e "quando" chegar ao conhecimento daquele ou aqueles a quem se dirige**".[10] o grifo o foi por nós

Sem a absoluta **certeza documental** – e não a mera ficção – de que se deu a efetiva recepção ou recusado foi o **ato formal de ciência**[11] pelo destinatário final por meio de aposição de uma assinatura física ou eletrônica, a relação jurídica vem adensar-se de dúvidas e entredúvidas inclareáveis.

Por outras palavras, **a relação não bilateraliza**, e tal vacuidade atentatória à **segurança jurídica** e ao **Estado de Direito Democrático** faz com que o ato administrativo de comunicação subsista somente no imaginário do regulamentador.

O mesmo que tirar o alicerce aos edifícios do procedimento administrativo e da consequente penalidade.

"***Prova diabólica é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração", mas "há quem use a expressão para designar a prova de algo que não ocorre, ou seja, a prova de fato negativo***".[12]

A "***prova diabólica negativa***" (de que não recebida a notificação) ao menos em temário de Trânsito prorrompe aqui saturada de inexcedível impacto social, conquanto disperso e por isso silencioso, à medida em que grande parte desses sancionados indefesos tem na carteira de habilitação a única fonte do sustento próprio e o da família.

Caminhoneiros, taxistas e viajantes a serviço, tendencialmente os mais vulneráveis às infrações de trânsito, tem sido aos borbotões suspensos ou extinto o direito de dirigir, para a consternação da comunidade politizada, engendrando-se um cenário paradoxal à face de que o **artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, regra áurea incidente a atos normativos de qualquer compartimento, recita o imperativo de que "***na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum***."

Acesso ao Sumário

àquelas de que se trata" - **SANTI ROMANO**, *Corso di Diritto Amministrativo*, p. 75, *in* ALÍPIO SILVEIRA, Hermenêutica no Direito Brasileiro, 2o. vol., Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 116.

10 **VICENTE RAO**, *Ato Jurídico*, Ed. Saraiva, 3ª ed., 1981, p. 150.

11 O princípio da oitiva do interessado antes da decisão de algo que o afete não é apenas princípio de justiça: é também um princípio de eficácia; porque, indubitavelmente assegura um melhor conhecimento dos fatos e, portanto, ajuda a uma melhor administração, ademais de uma decisão mais justa 11 - **AGUSTIN A. GORDILLO**, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Macchi, Buenos Aires, 1980, pp. XVII-36/6.

12 **ALEXANDRE FREITAS CÂMARA**, *Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n.31, p. 12.

PONTES DE MIRANDA representa, ao que saibamos, talvez uma das raras inteligências brilhantes que discorreram sobre a questão medular do **conhecimento dos negócios jurídicos** no direito brasileiro, tema a não se deixar seduzir por nenhuma complexidade teorética e essencialmente não se distingue, em seus efeitos imediatos, do trato dispensado com uniformidade interpretativa tanto em matéria privatística quanto publicística:

> **"Onde e quando o negócio jurídico atinge a esfera jurídica de outrem, bilateraliza-se ele, para que não se quebre o princípio da incolumidade das esferas jurídicas".**[13]

Malsinado embora, o texto do **art. 30**, **incisos I** e **II**, da **Resolução 918**, parece, ao que sinto, ter se inspirado num excelente mas aqui estrábico propósito de simplificação: o de transfundir do esplêndido aparato conceptual do Direito Tributário para o Direito de Trânsito o **princípio da praticabilidade ou praticidade**[14], aliado natural ao **princípio da eficiência administrativa**[15] e que se constitui de um "***complexo de técnicas cujo objetivo primacial é viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico por meios materiais mais eficazes e menos onerosos***".

A proposição é exata, mas demanda adaptação exegética: sempre se soube que o Direito Tributário prossegue natureza primacialmente arrecadatória, ao passo que o Direito de Trânsito não visa nem poderia visar a nenhum proveito econômico direto, exceto por uma patológica deturpação política de objetivos sociais e de fontes de receita.

Pelo contrário, nele orbitam valores sublimes que refogem ao espectro reducionista presente numa estimativa de ordem puramente pecuniária, como principalmente a *vida, dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, os direitos sociais*, a justiça *distributiva* e de modo mais perceptível a *Economia*, enquanto inserida num contexto antropológico superior.

É, todavia, de causar perplexidade que, mesmo admoestado pelo legislador do ***art. 282, caput, in fine***, do ***CTB***, renita-se praticando **atos administrativos inexistentes**, jogando todas as cartas no obsoleto método do envio,

13 **PONTES DE MIRANDA**, *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo III, 4ª edição, 1983, Editora Revista dos Tribunais, p. 137.

14 "O atingimento dos fins de interesse público por elas objetivado, quais sejam, o adequado cumprimento de seus comandos pelos seus administrados, de maneira simples e eficiente, bem como a devida arrecadação de tributos" - **REGINA HELENA COSTA**, *Praticabilidade e Justiça Tributária*, Ed. Malheiros, 2007.

15 No sistema jurídico brasileiro (...) o princípio da eficiência diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um prius da eficiência. A imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis: a) a dimensão da racionalidade e **otimização no uso dos meios**; b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública - **PAULO MODESTO**, N*otas para um debate sobre o princípio da eficiência. Boletim de Direito Administrativo* n. 11. Ano XVI, p. 836. São Paulo: NDJ, 2000.

Acesso ao Sumário

pelos Correios, de correspondências impressas em papel – e o que é pior – **sem assinatura física ou eletrônica de recebimento**:

> "A assinatura é o natural atestado da vontade de realizar o ato e sem ela este é **inexistente**"[16]. (o grifo o foi por nós)

Nesse contexto de ato administrativo praticado com desvio de finalidade, fica-se a dever uma explicação plausível acerca dos motivos pelos quais na etapa culminante do procedimento sancionatório – o das **garantias fundamentais de defesa e do contraditório** – venha-se a palmilhar métodos riscosos em detrimento dos caminhos cognicionalmente mais seguros e econômicos vicejantes nos instrumentos tecnológicos modernissimos, relegando ao limbo a prova defensiva, de sorte a compelir os contribuintes à condição de reféns da ***prova diabólica negativa.***

Quase supérfluo alvitrar-se que acima do corpo de normas escritas do **Código de Trânsito** e das **Resoluções** troneja, entretanto, o espírito imortal da **Sexta Carta Republicana**, cujo preceptivo do **art. 5º, LV** não contemporiza com o axioma de assegurar a "***direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes***", ínsitos ao procedimento administrativo e ao processo judicial.

Repita-se à exaustão algo que parece trivialmente olvidado: "**com os meios e recursos a ela inerentes**".

Quadra, por então, de o permanente desafio do administrativismo contemporâneo, vencidas as amarras que residualmente o prendem a um passado de inclinações despóticas, orientar-se no sentido do aperfeiçoamento em maior latitude da tecnicalidade e, por conseguinte, da eficácia dos atos de comunicação e do procedimento administrativo em si.

A meta é aproximá-los o quanto mais possa das garantias constitucionais do processo judicial, sendo o juiz o deontólogo que se imbui do poder-dever de conferir concretude a tal avanço civilizatório[17], **razão** por que estimo hajamos de nos conectarmos ideologicamente aos cultores atualizados do Direito Público, para quem ***'o instituto due process of law encontrou nas searas do direito administrativo um campo extremamente fértil para a sua mais recente afirmação'***.[18]

Valha-nos pontuar que a liberdade ritualística das Resoluções, insistem os estudiosos, é e sempre foi consentida apenas nos **meios** e nunca nos **fins**[19] – e

16 **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª edição, vol. III, Malheiros Editores, p. 366.

17 "*Aumentar a proteção dos particulares, aproximando o procedimento administrativo do modelo jurisdicional*" - **CÉLINE WIENER**, *Vers une Codification de la Procedure Administrative – Étude de Science Administrative Comparée*, Paris, 1975, p. 60.

18 **CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO**, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 319.

19 "*Em matéria de fins, não existe jamais para a Administração um poder discricionário*" - **ROGER BONNARD**, *in* Revista de Direito Administrativo, FGV., Outubro-Dezembro-1948, pp. 73/74.

mesmo assim nutrida de severos melindres nos procedimentos punicionais.

Isso porque algumas **reservas pétreas** abeberáveis na **Carta-Mãe**, como a **identificação do infrator**, **direito à defesa e ao contraditório**, **recorribilidade e fundamentação das decisões administrativas**, constituem valores axiomáticos universais, postos a salvo do poder dispositivo do legislador de Trânsito, quanto mais do residual de praticidade admitida aos meros órgãos reagentes do sistema.

Essencialmente, nada de censurável haveria em cogitar-se da **'remessa postal'** como meio alternativo de comunicação formal, a despeito de sua obsolescência, mas vem à obviedade que adotada de modo exclusivo somente pode ter querido o legislador referir- se ao documento que tenha efetivamente logrado chegar ao destinatário final.

Doutro modo, o ato administrativo, írrito, não terá sequer atendido à sua finalidade única de conhecimento, e isto, a nosso sentir, ressoa como elementaríssimo nos quadrantes da lógica jurídica.

O que acabado de esgrimir recebeu pela pena excelsa de **PONTES DE MIRANDA**, o "Sumo Pontífice" das nossas letras jurídicas, veemente reprovação ao que chamou de "**abuso de confiança**" por parte do agente regulamentador:

> **"Nem a doutrina jurídica das Constituições, nem a ética podem acolher esses constantes abusos de confiança com que as repartições, pretextando regulamentar, inserem nos textos de decretos revogações e derrogações de lei. O jurista e o juiz tem de repelir esses atentados; e não pode o juiz, diante de texto de lei que outra lei não derrogou nem revogou, atender o texto de qualquer decreto do Poder Executivo que seja contrário à lei"[20].**

Qualquer que seja a via instrumental trilhada nos processos judiciais, o ônus da prova no caso em apreço compete sempre ao remetente e não ao destinatário, isso porque entre a expedição de uma notificação e sua real recepção podem interpor-se causas multifatoriais calcadas nas excludentes do **caso fortuito** e da **força maior**, que não a simples negligência em atualizar-se o domicílio ou mesmo alguma remota tentativa, aliás, inócua, de o pretenso infrator ocultar-se para se esquivar da sanção.

A mais disto, uma infinidade de circunstancialidades factuais verossímeis, as quais não cabe aqui expor numa recensão sumária da práxis, podem contaminar tal pretensa "boa intenção" do regulamentador do Trânsito, bastando destacar a possibilidade de extravio da missiva dentro das agências dos Correios ou já nas mãos do carteiro.

Esta, também a tese recolhida do sólido magistério de **ARNALDO RIZ-**

20 **PONTES DE MIRANDA**, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Tomo I, 1973, p. 6.

ZARDO: *in litteris*

> "É necessária a comprovação da entrega ao destinatário ou na residência por este indicada em seu prontuário junto ao Detran ou órgão encarregado. Do contrário, resta ferido o direito de defesa. Possível que a empresa responsável extravie o documento"

("Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro"; 7ª edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

Eis a concepção declinada no REsp 1044801/GO – da **SEGUNDA TURMA do STJ**, DJe 24/11/2008, lavrado sob a autoridade intelectual da Eminente Ministra **ELIANA CALMON** de que se extrata este trecho categórico: "***as notificações, seja para oferecimento da Defesa de Autuação, seja para apresentação de recurso, devem ser devidamente comprovadas com AR, sob pena de nulidade***".

Mais: ou ainda se extraviarem depois de recepcionadas nas portarias dos condomínios e distribuídas (comuníssimo o erro de entrega interna entre os moradores), viagens ao Exterior por lapso de tempo superior ao prazo de defesa, enfermidades incapacitantes, internações hospitalares prolongadas, separação de casal em andamento, pandemias por coronavírus e varíola dos macacos etc., apenas exemplificando.

Argumento vezeiro de que os serviços dos Correios gozam de eficiência e credibilidade, conquanto irrefutável, não satisfaz aos espíritos mais ortodoxos na arte de julgar porquanto os vértices de falibilidade no mundo dos fatos ressabidamente primam por um caráter manancial e não de raro em raro independem plenamente ou são mesmo estranhos à valoração da qualidade do serviço postal.

Não se pode olvidar, sobremais, que grande parte das nossas ruas, avenidas e praças, tanto mais na periferia das cidades infelicitadas por loteamentos clandestinos, quando não possuam numeração as respectivas residências, findam por conter alguma ruptura no sequenciamento numeral delas.

Dizer da insuficiência probante da exibição de uma simples planilha contendo os nomes dos condutores presumivelmente notificados e já repelida pela melhor jurisprudência deste **Tribunal de Justiça** – documento de mero controle burocrático interno e passível de manipulação por agentes públicos inescrupulosos ou simplesmente relapsos – é condizer do não-atendimento ao pressuposto incorruptível da **segurança jurídica**, qualquer que seja a atividade de Poder.

Se tais planilhas nimbadas estivessem de certeza e confiabilidade como método de comunicação formal, quão se tenta persuadir, não haveria um número estratosférico de processos judiciais de anulação em curso neste **Tribunal**, calcados em notificações postais "enviadas" com erro nominal de endereço ou de algarismo, mesmo assim, o procedimento tem sequência e injustamente sancionado o suposto infrator com a suspensão ou a perda do diploma para dirigir.

Acesso ao Sumário

Gravita-se, já por agora esflorando a matéria pelo prisma estritamente probante, no compartimento doutrinário da cognominada "***teoria da carga dinâmica das provas***", segundo a qual o ônus deve ser cometido, em circunstâncias especiais, a quem melhores condições organizacionais possua de lhe demonstrar o alcance e a eficácia prática.

Recrutemos, a propósito, síntese sobremaneira elucidativa concebida pelo intelecto erudito do Eminente Magistrado e Jurista **ANTONIO JEOVÁ SANTOS**: *in litteris*

> **"Esta, a carga dinâmica das provas, funciona como um ferramental adequado para retirar de sobre os ombros do ofendido o ônus de efetuar a prova diabólica, aquela que para emergir exige extrema dificuldade, senão impossibilidade. Segundo este entendimento, é bom repetir, é considerada a distribuição do ônus da prova. Coloca-se sob a responsabilidade da parte que se encontra em melhores condições de provar, a carga de levar a prova para o ventre dos autos. Porque essa regra não está presa, nem cativa a preceitos de rígida divisão sobre a quem incumbe o ônus de provar, mas esse ônus sempre depende das circunstâncias do caso concreto e da qualidade do demandante é que, ditas regras, assumindo caráter dinâmico, contrasteando com aquelas rígidas, surge o nome de carga dinâmica"[21].**

Copiosos julgados não tão recentes deste Egrégio **Tribunal de Justiça** há que batalharam por uma maior efetividade social dos procedimentos administrativos de Trânsito:

> **MULTA DE TRÂNSITO – DUPLA NOTIFICAÇÃO – Ausência – Nulidade – Inteligência dos Art. 281, 282 ambos do Código de Trânsito Brasileiro – Lista genérica de postagem que não demonstra o efetivo recebimento da notificação – Sentença reformada, preliminar afastada e recurso provido**. (TJSP, Ap. Cív. nº 0044773-59.2009.8.26.0053, Rel. Des. MOREIRA DE CARVALHO, 9ª Câm. de Dir. Púb., j. 28.5.2014).
>
> **Multas de trânsito. Relação de notificações para postagem entregues ao Correio. Documentação insuficiente aos parâmetros estabelecidos pelo Código de Trânsito Brasileiro (artigos 280 e 282). Critério para notificação. Súmula 312, STJ. Recurso provido.**
>
> **(...)**
>
> ***O apelado provou a existência da lavratura do auto de infração de trânsito e a respectiva relação de notificações para postagem entregues ao Correio, de acordo com os documentos de fls. 71 e 74. Provou, portanto, ter havido a remessa da dupla notificação determinada no Código de Trânsito Brasileiro, a saber, notificação da autuação e notificação da penalidade imposta.***
>
> ***Entretanto, a listagem nominada Relação de Notificações Para Pos-***

Acesso ao Sumário

21 *Dano Moral Indenizável*, Editora Método, 3ª edição, São Paulo, 2001, p. 563.

tagem Entregues ao Correio, é documento que, à evidência, não se encaixa no rigor do artigo 282, caput, do Código de Trânsito Brasileiro.

É documento apenas para controle do apelado, não indicativo de recebimento das notificações pelo autuado.

Os relatórios de postagem, como observei, não mostram o cumprimento de nenhum dos momentos exigidos pela lei, o que equivale à falta de notificação exigida no Código de Trânsito Brasileiro.

***Embora assim tenha acontecido, não se verifica o estrito cumprimento ao Código de Trânsito Brasileiro, pois é entendimento pacífico do E. Superior Tribunal de Justiça Súmula 312, da necessidade de dupla notificação* (...)** (TJSP, Ap. Cív. nº 0039413-41.2012.8.26.00053, Rel. Des. BORELLI THOMAZ, 13ª Câm. de Dir. Púb., j. 28.8.2013 – o grifo o foi por nós).

A inquietude jurisprudencial persiste diante de uma dissidência já estruturada com respeito a esta socialmente estratégica questão porquanto os **Tribunais de Justiça** da Federação e mesmo seus órgãos fracionários, tendem a perenizá-la até que o Augusto **Tribunal da Cidadania** resolva colocar um ponto final na peleja.

Tentativa de pacificar os contrários que ainda pairam na pena dos juízes tem fracassado porquanto o "**Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 372**" – Autos 2017/0173205-8 – de Relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro **GURGEL DE FARIA** foi julgado **improcedente**, logo, não uniformizou.

E, se não uniformizou não produziu o efeito vinculante recitado pelo **art. 927**, do **Código de Processo Civil**, para este ou qualquer outro **Tribunal**.

Se compulsado o texto, notar-se-á que a raiz constitucional da problemática não foi enfrentada em nenhuma tópica do v. Acórdão, conquanto de modo perfunctório pudesse ao menos esboçá-la, qual seja, analisar-se o contraste frontal entre o disposto na **Resolução 918**, o **art. 282**, **caput**, ***in fine***, do **CTB**, e a impostergável sinapse de ambos com o magno preceptivo averbado no **art. 5º, LV**, da **Constituição da República.**

Finalmente, a antiga **Resolução do CONTRAN 829/1997**, ao tempo em que as ditas "garantias constitucionais" ainda figuravam como pauta doutrinal de somenos, exigia-se correspondência postal registrada com "**aviso de recebimento**" (art. 1º, II), mas o ato normativo injustificadamente foi "revogado" pela **Resolução 148/2003**, quando em definitivo e sem cerimônia a profanação da cláusula do "***devido processo legal***" passou a imperar.

Postas tais premissas, por meu voto, **dava-se provimento ao recurso.**

SOUZA MEIRELLES, Desembargador Relator sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000254-96.2022.8.26.0094, da Comarca de Brodowski, em que é apelante MUNICÍPIO DE BRODOWSKI, é apelado ALLIANZ BRASIL SEGURADORA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.664)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por acidente de trânsito causado por ônibus municipal que colidiu contra veículo estacionado na via pública. Exercício de direito de regresso por seguradora. É objetiva a responsabilidade do município quanto aos danos decorrentes do acidente. Inteligência do art. 37, § 6º, da CR. Acidente, danos e nexo de causalidade demonstrados. O segurador que assume o risco e indeniza o segurado tem direito a se reembolsar do responsável pelo dano. Situação em que não ficou demonstrada caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Excludente de responsabilidade não demonstrada. A embriaguez do servidor público que dirigia o ônibus no momento do infortúnio, constatada pela polícia, não exime o dever de ressarcir por parte da Administração, assegurado direito de regresso. Os juros moratórios, nas ações regressivas, contam-se do efetivo desembolso. Recurso não provido.

VOTO

Ao relatório da sentença de f. 342/5, acrescento que foi julgado procedente o pedido de ressarcimento formulado por seguradora no exercício de direito de regresso, pelos valores que despendeu ao indenizar segurado que, estacionado, sofreu colisão por ônibus dirigido por servidor público municipal, no importe de R$ 11.051,47. O município foi condenado, ainda, ao pagamento das verbas de sucumbência e honorária arbitrada em 10% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Apela o município, sustentando que o servidor causador do acidente estava embriagado, conforme apurado em processo administrativo, o que causou sua demissão. O fato configura excludente de responsabilidade, porquanto a municipalidade não podia prever a prática de conduta contrária à lei pelo motorista. Não havia autorização legal ou dos superiores hierárquicos para que assim agisse. Subsidiariamente, pede o reconhecimento da culpa do servidor demitido, de modo que o município possa exercer seu direito de regresso. Os juros e correção devem ser contados da citação (f. 351/8).

Contrarrazões a f. 365/70.

É o relatório.

Consoante narra Allianz Brasil Seguradora S/A, em 6 de junho de 2019, a segurada Ana Maria de Mello Reatto (Apólice nº 1323439-0/7756950), proprietária do veículo Ford Fiesta SE, placas EVT-9982, sofreu acidente, enquanto seu carro estava estacionado na Rua General Carneiro, altura do nº 1.053, atingido pelo ônibus Mercedes Bens, placas BWU-1204, pertencente à ré e conduzido por Jorge Aparecido da Silveira. O servidor público perdeu o controle do ônibus e colidiu contra a traseira do automóvel. Na ocasião, a polícia constatou que dirigia sob influência de álcool e CNH suspensa. A apelada, então, moveu ação indenizatória, por via de regresso, depois de ressarcir os prejuízos materiais que somaram R$ 11.051,47.

A responsabilidade do município é objetiva e dispensa a comprovação de culpa, *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, na dicção do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Basta, para que surja o dever de indenizar, o dano e o nexo de causalidade.

O boletim de ocorrência juntado a f. 83/96 revela que o carro foi atingido pelo ônibus enquanto estacionado na via pública. O impacto foi suficiente para danificá-lo, tal qual relatado na inicial; as fartas fotografias de f. 97/176 e documentos de f. 177/89 demonstram efetivamente a extensão dos danos e os gastos efetuados para a recuperação do veículo. Especificamente à f. 188, a segurada dá quitação à autora.

No decorrer da instrução, Victória Cristina Reatto, filha da segurada e que havia conduzido o veículo até o local onde foi atingido, foi ouvida em audiência. Confirmou os fatos e referiu que não estava presente no momento da batida. Tomou ciência da dinâmica por testemunhas oculares, além de filmagens de câmeras de imóveis vizinhos. O motorista do ônibus não parou após a batida e, ainda em seu trajeto, foi interceptado pela genitora da vítima. O município, ao contrário, nas razões recursais confirma a demissão do servidor que dirigia o

veículo público, causador do infortúnio. Por intermédio de sua mãe, perceberam que o motorista "não falava nada com nada". A polícia foi chamada, o servidor levado à delegacia, onde fizeram testes de dosagem alcoólica (f. 240/2).

Sobre o liame de causalidade, tem-se que a prefeitura não prova que os superiores hierárquicos do motorista, agiram para evitar que tivesse acesso ao veículo público em tais condições. O exame toxicológico aferiu a presença de álcool no seu sangue quando conduzia veículo público de grande porte, potencialmente poderia ter causado a morte de transeuntes. A embriaguez do condutor não é suficiente para romper o nexo de causalidade estabelecido entre os fatos e os prejuízos, antes, sobreleva falha da administração pública na fiscalização de seus servidores durante o exercício da atividade profissional.

Sabe-se que o evento danoso ensejou a instauração de procedimento disciplinar contra o servidor, demitido pela prefeitura (f. 291 e f. 320/1), extinto em razão de seu falecimento meses depois dos fatos (f. 323). A embriaguez contumaz e o estado de saúde precário do condutor (f. 336/40), não eximem a prefeitura do dever de indenizar terceiros por responsabilidade civil, podendo contra ele (ou contra seu espólio) voltar-se em regresso.

Somente estaria configurada causa desconstitutiva do direito da seguradora eventual prova de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, o que não restou demonstrado.

Presentes, portanto: os fatos, o dano, o nexo de causalidade, exsurge o dever de indenizar, por via de regresso, em razão do cumprimento do contrato de seguro firmado entre a autora e a vítima do infortúnio; devidamente demonstrada a quitação da obrigação.

De resto, o município – que não apresentou contestação (f. 210) –, não rebate a extensão do dano e os valores de despesas suportadas pela seguradora para restituir o segurado ao *status quo ante.* Apenas refere genericamente que o segurado sofreu prejuízo de pouca monta.

Os documentos juntados demostram dinâmica do cumprimento do contrato de seguro, com a sub- rogação da seguradora nos direitos da segurada. Assim, correta a condenação ao pagamento do valor pleiteado.

Nada a prover em relação à culpa do servidor que não compôs a lide. Como dito, a prefeitura não apresentou contestação. Se os efeitos materiais da revelia não lhe são aplicáveis, em face dos interesses que defende, o mesmo não ocorre em relação à dedução tardia de tal pretensão que não foi submetida a contraditório. Caso o ente entenda oportuno, deverá valer-se de ação apropriada contra o espólio do motorista falecido.

Os consectários legais foram corretamente estipulados. O *dies a quo* de incidência, especificamente nas ações regressivas de seguradoras, deve ser o do efetivo desembolso, momento em que se opera a sub-rogação pelo segurador

Acesso ao Sumário

nos direitos do segurado e ocasião em que se evidencia seu prejuízo, pois a relação jurídica que se estabelece entre a empresa sub-rogada e o ente público é de responsabilidade civil extracontratual.

Neste sentido recente julgado do STJ:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. INTERRUPÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA À INDÚSTRIA DE ALUMÍNIO. AÇÃO REGRESSIVA DAS SEGURADORAS PARA COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS CONTRA A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM FUNÇÃO DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE À FABRICANTE DA PEÇA CUJO MAU FUNCIONAMENTO TERIA DADO CAUSA AO DANO. IRRESIGNAÇÕES SUBMETIDAS AO CPC/73. (...)
>
> 13. Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, na ação de reparação de danos ajuizada por seguradora contra o causador do sinistro, por sub-rogação, os juros de mora devem fluir a partir da data do efetivo desembolso, e não da citação.
>
> 14. A modificação da verba honorária fixada pelas instâncias de origem, pretendida com base na alegação de ofensa ao princípio da razoabilidade, somente pode se dar quando ficar efetivamente caracterizado um valor abusivo ou irrisório, como no caso.
>
> 15. Recurso especial da ELETRONORTE parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Recurso especial da SUL AMÉRICA provido para modificação do termo inicial dos juros moratórios. Recurso especial da HTM provido para majoração da verba honorária na denunciação da lide. (g.m.).[1]

Na jurisprudência deste Tribunal, colhem-se os precedentes:

> Apelação e recurso adesivo. Ação de ressarcimento por sub-rogação. Responsabilidade civil de concessionária de serviço público, administradora de rodovia. Acidente decorrente da presença de objeto na pista. Nexo causal comprovado. Dever de fiscalização e manutenção da via pública. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Concessionária que não adotou as medidas necessárias para evitar a ocorrência de acidentes. Responsabilidade civil configurada. Danos materiais caracterizados. Sentença mantida. Recurso adesivo provido para alterar o termo inicial dos juros de mora. Recurso da concessionária desprovido e recurso adesivo provido.[2]
>
> Apelação Cível. Administrativo. Ação Regressiva proposta por Seguradora contra a concessionária de rodovia. Acidente com veículo segurado. Ação julgada procedente. Recurso da requerida. Parcial provimento. 1. Responsabilidade objetiva das administradoras de rodovias nas hipóteses de acidentes envolvendo a presença de óleo ou objetos no leito trafegável. Negligência na manutenção e conservação das condi-

Acesso ao Sumário

1 REsp n.º 1.539.689/ DF, Min. Moura Ribeiro, j. 5/6/2018.

2 Ap. nº 1014523-53.2017.8.26.0309, Des. Fernão Borba Franco, j. 28/9/2020.

ções para a adequada e segura utilização da rodovia, ônus que cabia ao requerido na presente demanda. Ausência de prova de que o acidente sofrido pelo veículo segurado tenha sido causado por culpa exclusiva do respectivo condutor. Reconhecida a responsabilidade da concessionária pelo evento lesivo e o consequente dever de indenizar. Precedentes. Valor da indenização adequadamente arbitrado. 3. Termo inicial dos juros moratórios. Incidência a partir da data do desembolso. Recurso provido apenas neste tópico. 4. Ônus de sucumbência mantidos. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.[3]

NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Provas nos autos suficientes a autorizar o julgamento antecipado da lide. Preliminar rejeitada. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. Ação regressiva de ressarcimento de danos. Queima de aparelhos eletrônicos dos segurados ocasionada por oscilação na rede de energia elétrica administrada pela ré. Sub-rogação da seguradora nos direitos do consumidor. Aplicabilidade dos dispositivos do CDC ao caso vertente Responsabilidade objetiva da requerida. Nexo causal configurado. Prova hábil amparada nos laudos referentes aos equipamentos danificados, realizados por empresas especializadas, e pagamentos efetuados aos segurados. Prestação de serviços defeituosa. Artigo 14 do Código do Consumidor. Ressarcimento devido. JUROS DE MORA. Em se tratando de ação regressiva, os juros moratórios legais devem incidir desde o desembolso. Recurso provido, para o fim de julgar procedente a ação.[4] (g.m.).

ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA CONTRA O CAUSADOR DO SINISTRO. JUROS DE MORA. No caso de ação regressiva da seguradora contra o causador do sinistro, os juros de mora devem fluir sobre o valor da indenização, a partir da data do efetivo desembolso (Súmula 54 do STJ). Termo inicial de incidência de correção monetária alterado, de ofício, com incidência desde a data do desembolso (Súmula 43 do STJ). Sentença reformada. Recurso provido em parte, com observação.[5] (g.m.).

Nego provimento ao recurso.

Elevo a honorária em dois pontos percentuais.

Custas pelo apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0039755-

3 Ap. nº 1000447-30.2019.8.26.0543, Des. Sidney Romano dos Reis, j. em: 29/11/2021.
4 Ap. nº 1045552-69.2017.8.26.0100; Des. Carlos Nunes, j. em: 24/7/2018.
5 Ap. nº 0213642-43.2006.8.26.0100; Des. Carlos von Adamek, j. em: 14/12/2016.

Acesso ao Sumário

23.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BRAULINO GOTTSCHALK, ANA MARIA MELCHIADES DA SILVA, ELIAS DA CRUZ, EVANDRO SILVA DE MELO, GILMAR CANDIDO, JOSE GERALDO CORREA JUNIOR, NANCI APARECIDA RODRIGUES, SANDRA REGINA VIEIRA MACHADO, TELMICIO ALVES DE FRANCA JUNIOR e WALNEI COELHO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "TESE FIXADA NO TEMA 439. IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO. MANUTENÇÃO DO V. ACÓRDÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 4 de novembro de 2022.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA EVENTUAL JUÍZO DE RETRATAÇÃO, EM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO INC. II DO ART. 1.030 DO CPC/2015 – TEMA Nº 439 DO STF – PRETENSÃO AO REENQUADRAMENTO, COM O APROVEITAMENTO DA EVOLUÇÃO FUNCIONAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LC Nº 1.080/08 – V. ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELOS AUTORES – REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DOS SERVIDORES ESTADUAIS É PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SERVIDOR NÃO TEM DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME JURÍDICO, MAS APENAS À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A TESE FIXADA NO TEMA 439 - "ITEM 2" DA EMENTA RESTRITO AO CASO CONCRETO ANALISADO PELO STF QUANDO DA FIXAÇÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL – IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO – MANUTENÇÃO DO V. ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de devolução dos autos para eventual juízo de adequação do v.

acórdão de fls. 210/213 aos termos do decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 606.199/PR - Tema nº 439.

A r. sentença de fls. 140/144, cujo relatório se adota, julgou improcedente os pedidos deduzidos na ação ajuizada por Braulino Gottschalk, Ana Maria Melchiades da Silva, Elias da Cruz, Evandro Silva de Melo, Gilmar Cândido, Jose Geraldo Correa Júnior, Nanci Aparecida Rodrigues, Sandra Regina Vieira Machado, Telmicio Alves de Franca Junior e Walnei Coelho, servidores públicos aposentados, contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, que objetivava o enquadramento funcional de acordo com os critérios estabelecidos pela LC nº 1.080/08, com base no cumprimento dos requisitos pelo regime jurídico anterior, à luz do direito adquirido, e, subsidiariamente a promoção automática do grau A para o grau B.

Nos termos do v. acórdão de fls.210/213, em votação unânime, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a improcedência dos pedidos.

No voto condutor deste acórdão ficou consignado que, de acordo com o entendimento do STF, não há direito adquirido a regime jurídico instituído por lei, observado que não há redução nominal ou de vencimentos nos caso, tampouco prejuízo funcional, colacionando jurisprudência do E. STF. Assim, por entender que inadmissível a progressão do grau A para o grau B de acordo com novo regime jurídico, instituído por legislação superveniente, foi mantida a r. sentença combatida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados fls. 228/230v.

Foram opostos novos embargos declaratórios que, dessa vez, foram acolhidos apenas e tão somente para suprir omissão sem alteração da parte dispositiva do julgado. (fls.243/246)

Interposto recurso extraordinário (fls. 250/321), foi lhe negado seguimento (fls. 326/328), uma vez que se entendeu que o V. acórdão estaria em harmonia com o julgamento dos Temas 24 e 41 do C.STF e ao AGrReg em RE com Agr 730.748/SP.

No entanto, opostos embargos de declaração (fls.331/344) estes foram acolhidos, com efeito modificativo, para sanara a omissão e tornar sem efeito a decisão anterior de fls.326/328 que negou seguimento ao recurso extraordinário, considerando que a referida decisão deixou de analisar a existência de mérito julgado no C.STF a respeito da questão debatida nos autos, reconhecendo que os temas apontados não se relacionam com a matéria referente à reestruturação de carreiras. (fls. 353).

Sobreveio o despacho da Presidência da Seção de Direito Público (fls. 354/355) que determinou a devolução dos autos a esta Câmara, para juízo de retratação do v. acórdão de fls. 160/163, em atenção ao disposto no inc. II do art. 1.030 do CPC/2015, em vista do julgamento de tema com repercussão geral

Acesso ao Sumário

reconhecida, RE repetitivo nº 606.199/PR - Tema nº 439.

É O RELATÓRIO.

Não há que se falar em retratação no caso.

Trata-se de exercício do juízo de adequação do v. acórdão de fls. 210/213, aos termos do decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE repetitivo nº 669.069/MG - Tema nº 666.

A ação originária foi proposta por servidores inativos objetivando o reenquadramento de seus cargos aos graus e referências nos quais ocorreu a aposentação, anterior à edição da Lei Complementar Estadual nº 1.080/08; subsidiariamente, requerem a progressão automática do grau "A" para o grau "B", conforme disposto no art. 10 do mesmo diploma.

O E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 669.069/MG, sob a sistemática dos recursos repetitivos, assim se posicionou:

> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO, A SERVIDORES APOSENTADOS, DE VANTAGENS CONCEDIDAS A SERVIDORES ATIVOS. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA. ARTIGO 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 41/03). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PECULIARIDADES DA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DECORRENTE DA LEI 13.666/02 DO ESTADO DO PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência firmada em ambas as Turmas do STF, não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, desde que mantida a irredutibilidade, não tem o servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira, reestruturada por lei superveniente. Precedentes. 2. Todavia, relativamente à reestruturação da carreira disciplinada pela Lei 13.666/02, do Estado do Paraná, assegura-se aos servidores inativos, com base no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal (redação anterior à da EC 41/03), o direito de ter seus proventos ajustados, em condições semelhantes aos servidores da ativa, com base nos requisitos objetivos decorrentes do tempo de serviço e da titulação, aferíveis até a data da inativação. 3. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento."* (RE 606199/PR, Rel. Ministro Teori Zavascki, Sessão Plenária, julgado em 09/10/2013, DJe 07/02/2014).

Analisando o acórdão proferido por este juízo (fls. 210/213), verifica-se que este se encontra em harmonia com o precedente supramencionado, no qual se firmou a seguinte tese:

> *"Desde que mantida a irredutibilidade, não tem o servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de per-*

Acesso ao Sumário

ceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira, reestruturada por lei superveniente."

Isto é, entende-se pela inexistência do direito adquirido pelos servidores ao regime jurídico remuneratório, desde que mantida a irredutibilidade salarial.

Conforme se observa, o v. acórdão recorrido entendeu que não ficou demonstrada diminuição da remuneração em razão do reenquadramento, e que o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico.

Desta forma, o pedido principal, consistente no restabelecimento das referências e graus em que se encontravam anteriormente a entrada em vigor da LC nº 1.080/08, está ajustado ao tema nº 439 da Suprema Corte.

Ademais, no que tange ao pleito subsidiário acerca da promoção dos Autores do grau "A" para o grau "B", por certo, inviável a progressão automática da respectiva referência da classe a que pertença, eis que citada norma perfaz aplicável apenas aos servidores em estágio probatório, caso diverso dos presentes autos, haja vista os documentos que instruem a inicial.

Cumpre ressaltar, também, que não se aplica à hipótese dos autos as especificidades do caso concreto do tema nº 439. Isto porque o "item 2" da ementa do STF (direito dos inativos "*de ter seus proventos ajustados, em condições semelhantes aos servidores da ativa, com base nos requisitos objetivos decorrentes do tempo de serviço e da titulação, aferíveis até a data da inativação*") se refere especificamente à lei do Estado do Paraná, logo, não se aplica aos servidores inativos do Estado de São Paulo, como são os Autores.

Neste sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal:

"APELAÇÃO. Recurso Extraordinário. Servidores públicos inativos do Estado de São Paulo. Reenquadramento decorrente da Lei complementar Estadual nº 1.080/2008. Pretensão ao reenquadramento em igualdade aos novos paradigmas impostos ao pessoal em atividade, julgada improcedente. Juízo de retratação. Ausência de conflito em face do julgamento, pelo E. STF, Tema 439, do RE nº 606.199. DECISÃO NÃO RETRATADA." (Apelação nº 0032251-29.2011.8.26.0053, Des. Vicente de Abreu Amadei, j. em maio de 2019).

"Servidores Estaduais – Manutenção do enquadramento funcional anterior ao reenquadramento promovido pela Lei Complementar Estadual nº 1.080/08 – Impossibilidade – Inexistência de direito adquirido a regime jurídico funcional – Irredutibilidade de vencimentos observada – Recurso Extraordinário e Especial interpostos – Retorno dos autos nos termos do art. 1.030, II, do CPC/15, para eventual adequação ou manutenção do v. Acórdão, tendo em vista o julgamento, em sede de Repercussão Geral, do RE nº 606.199/PR, Tema nº 439, STF – Manutenção do acórdão, pois há consonância do acórdão com o quanto decidido no Tema n.º 439 STF

Acesso ao Sumário

– Restituição dos autos à Presidência da Seção de Direito Público deste E. Tribunal para fins de análise da admissibilidade recursal." (Apelação Cível 0011712-08.2012.8.26.0053; Relator: Oscild de Lima Júnior; 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/08/2019).

"APELAÇÃO. JUÍZO NEGATIVO DE ADEQUAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 606.199/PR. TEMA 439 DA REPERCUSSÃO GERAL. Desde que mantida a irredutibilidade, não tem o servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira, reestruturada por lei superveniente. O recurso de apelação tem fundamentação genérica, e sustenta que a não extensão dos critérios estabelecidos pela Lei Complementar nº 1.080/08 também aos inativos repercute negativamente para eles, mas não aponta concretamente em que consiste o alegado prejuízo. A pretensão da parte é a de que o reenquadramento ocorra nas mesmas referências e nos mesmos graus em que ocorreu a aposentadoria, o que foi refutado pelo Acórdão e está em consonância com o entendimento firmado pelo STF. O julgado, proferido à luz da Lei Complementar referida, está alinhado ao entendimento cristalizado pelo STF no Tema 439. ACÓRDÃO MANTIDO." (TJSP; Apelação Cível 0030045-42.2011.8.26.0053; Relator: José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/10/2018; Data de Registro: 24/10/2018).

"DEVOLUÇÃO DE AUTOS – Tema 439 do STF – Apelação – Servidor Público Estadual – Reestruturação da Carreira pela Lei Complementar Estadual nº 1.080/2008 – Pretensão ao reenquadramento, com o aproveitamento da evolução funcional anterior à vigência da referida lei – Posição adotada pela Turma Julgadora da 1ª Câmara de Direito Público que está em consonância com o entendimento firmado no julgamento do RE nº 606.199/PR – Reestruturação da carreira dos servidores estaduais é prerrogativa da Administração Pública – Servidor não tem direito adquirido ao regime jurídico, mas apenas à irredutibilidade de vencimentos. Adequação não acolhida." (TJSP; Apelação Cível 0024446-25.2011.8.26.0053; Relator: Danilo Panizza; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/09/2019; Data de Registro: 12/09/2019).

"APELAÇÃO. Ação ordinária. Servidor Público Estadual. Lei Complementar Estadual 1.080/08 que instituiu novo plano geral de cargos. Pedido de reenquadramento em atenção ao nível que anteriormente pos-

Acesso ao Sumário

suíam. Ausência de direito adquirido a regime jurídico. Hipótese em que não houve redução de vencimento. Ademais, inadmissibilidade de reenquadramento automático no grau "B", nos termos do art. 10. Dispositivo que se aplica aos servidores em cumprimento do estágio probatório, circunstância distinta da ostentada pelos autores. Precedentes desta C. Câmara. Sentença de improcedência. Manutenção. Recurso desprovido." (Apelação 0000880-13.2012.8.26.0053; Relator: Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/10/2017; Data de Registro: 11/10/2017).

"Apelação cível – Direito Administrativo – Servidores públicos estaduais – Pretensão a direito adquirido em face da Lei Complementar nº 1.080/08 – Impossibilidade – Garantida, no entanto, a irredutibilidade de vencimentos – Inadmissibilidade de reenquadramento à categoria ostentada antes da referida lei – É perfeitamente lícito à Administração estabelecer nova sistemática remuneratória, alterando a forma de enquadramento dos servidores, desde que o resultado final não redunde em arrefecimento do valor monetário – *Precedentes e doutrina – Sentença mantida – Recurso desprovido."* (TJSP; Apelação Cível 0045737-81.2011.8.26.0053; Relator: Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/08/2019; Data de Registro: 29/08/2019).

Com efeito, conclui-se que o V. Acórdão de fls. 210/213 não comporta adequação, por estar em consonância com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 439, o qual deve ser mantido.

Diante do exposto, pelo meu voto, **reconheço ausência de divergência entre o supramencionado acórdão e a orientação do Supremo Tribunal Federal firmada no RE nº 606.199/PR, Tema nº 439, com repercussão geral reconhecida**, e, consequentemente, **não exerço juízo de adequação (inc. II do art. 1.030 do CPC/2015)**, de maneira que **mantenho o v. acordão de fls. 160/163.**

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1040692-64.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIAN-

NA DONATELLI RAMIRES, é apelado INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO - IPREM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.407)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 4 de novembro de 2022.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO – PROCEDIMENTO COMUM – PENSÃO POR MORTE – DESCENDENTE BISNETA – MENOR SOB GUARDA – MAIORIDADE CIVIL – DOENÇA GRAVE – INVALIDEZ – PROVA PERICIAL – LAUDO IMPRESTÁVEL – SENTENÇA ANULADA.

Pretensão à condenação no pagamento de pensão por morte em favor de bisneta, outrora tutelada de servidora pública municipal, que tinha sua guarda definitiva até a maioridade civil. Arguição de dependência econômica decorrente de invalidez por Hipercolesterolemia Familiar. Pedido julgado improcedente com base em laudo pericial imprestável, incompleto e inconclusivo. Cerceamento de prova. Necessidade de realização de nova perícia por médico especialista em cardiologia. Sentença anulada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 461/465, cujo relatório se adota, julgou improcedente pedido de condenação no pagamento de pensão por morte de servidora pública municipal aposentada.

Inconformada apela a vencida suscitando preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de prova em razão da imprestabilidade da perícia. No mérito, objetiva a reforma do julgado, aduzindo, em síntese, ter estado sob tutela de sua bisavó desde tenra idade, dela dependendo economicamente até a data do falecimento da tutora. Em razão de incapacidade laborativa por doença crônica, e sendo o menor sob guarda equiparado a filho, nos termos do artigo 2º,

§ 4º da Lei Municipal nº 15.080/2009, faz jus à pensão na qualidade de tutelada inválida.

Recurso processado, com contrarrazões, ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Assiste razão à apelante ao apontar a nulidade de sentença fundada em prova imprestável a sanar controvérsia essencial ao desate da lide.

Tratando-se de benefício previdenciário, e de acordo com o entendimento pacificado pelo Colendo STJ, "a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado" (Súmula nº 340 do STJ).

Na espécie, a instituidora do benefício, servidora pública inativa do Município de São Paulo, faleceu em 07 de abril de 2019 (fls. 19). Determina a Lei Municipal nº 15.080/09, vigente à época do fato:

> "Art. 2º. Constitui a pensão por morte benefício previdenciário mensalmente devido ao conjunto dos dependentes do servidor municipal segurado do Regime Próprio de Previdência Social do Município de São Paulo - RPPS, compreendendo as seguintes classes:
>
> I - o cônjuge, a companheira ou o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
>
> II - os pais;
>
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.
>
> § 1º. A dependência econômica das pessoas indicadas na classe a que se refere o inciso I do caput deste artigo é presumida, devendo a das demais classes ser comprovada.
>
> § 2º. A existência de dependentes de qualquer das classes compreendidas no caput deste artigo exclui do direito à pensão os das classes subseqüentes, observando-se, quanto ao pagamento do benefício, o disposto no art. 12 desta lei.
>
> § 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada.
>
> § 4º. Equiparam-se aos filhos para todos os efeitos desta lei, comprovada a dependência econômica, o enteado e o menor sob tutela judicial, desde que não possuam bens suficientes para o próprio sustento e educação.
>
> § 5º. Para os efeitos desta lei, considera-se união estável a que satisfaça as condições exigidas na conformidade da legislação civil em vigor".

Acesso ao Sumário

A apelante, embora já tivesse atingido a maioridade civil à época do falecimento, insiste fazer jus à pensão por se equiparar à filha inválida, nos termos do referido art. 2º, § 4º, da Lei Municipal nº 15.080/09. Aduz que é bisneta da segurada, sob cuja guarda definitiva esteve desde o segundo ano de vida e de quem era dependente econômica (fls. 20/21).

Independente da discussão sobre a condição de beneficiária da servidora falecida, a questão de mérito envolve matéria de fato controvertida relevante e dependente de perícia médica, em especial a existência de invalidez permanente decorrente de doença incapacitante. Aliás, como destacado por esta E. Câmara no v. acórdão que cassou a tutela de urgência, ao consignar que a matéria de fundo exige a realização de perícia para a demonstração de que, em razão da hipercolesterolomia, a autora seja portadora de invalidez total e permanente.

Sucede, porém, que a perícia produzida, *data maxima venia*, é imprestável por ser incompleta e inconclusiva, tendo se limitado à verificação das condições de saúde contemporâneas ao exame, nada esclarecendo sobre a existência da doença alegada e, em caso positivo, sua evolução, prognóstico e eventuais contraindicações.

Deveras, basta a mera leitura do laudo pericial (fls. 425/433), em cotejo com o arguido pelas partes na fase postulatória, para concluir que a prova pouco ou nada auxilia na definição controvérsia fática de que depende o resultado da demanda. A começar pela menção a "perícia indireta" e à instituidora da pensão como pericianda, passando pelo mais profundo silêncio sobre ser a autora portadora de alguma doença e, em caso afirmativo, a existência de invalidez ou incapacidade laborativa, para não falar da sistemática recusa em responder quesitos relacionados à matéria controvertida. Para dizer o mínimo, o trabalho não inspira a menor confiança para o julgamento do mérito da ação.

Razão assiste, pois, à apelante, quando aponta que a perícia é confusa furtando-se a responder parte relevante dos quesitos formulados, nada esclarecendo sobre a alegada hipercolesterolemia familiar. Imprestável, portanto, a prova pericial produzida.

Nessas circunstâncias, de rigor a anulação da sentença apelada para realização de nova perícia a ser efetuada por médico especialista em cardiologista para ampla e cabal apuração das condições de saúde da autora, de sua capacidade laborativa e da existência ou não de invalidez total e permanente dela decorrente, facultando-se às partes oportunidade para acompanhamento da prova e formulação de quesitos complementares, sob o crivo do contraditório, outra sentença devendo ser proferida ao final, como de direito.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso para anular a sentença recorrida determinando o retorno dos autos à origem e a realização de nova perícia técnica, a ser realizada por médico especialista em cardiologia, nos termos

acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0006396-23.2009.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante WANDERLEY ROSA DA SILVA, 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 18.151)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente), ANTONIO MOLITERNO e RICARDO GRACCHO.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação acidentária improcedente. Julgamento anterior convertido em diligência.

NOVA SENTENÇA. Proferido novo *decisum* sem anulação do primeiro, de rigor sua anulação.

BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. Dermatite alérgica. Ausência de incapacidade laborativa instalada ou nexo etiológico laboral. Prova contundente. Benefício indevido. ISENÇÃO do autor quanto aos ônus de sucumbência (artigo 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

RECURSO NÃO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Adotado o relatório lançado na r. sentença proferida pelo MM. Juiz Dr. *Humberto Rocha*, que julgou improcedente o pedido de reestabelecimento de aposentadoria por invalidez acidentária ou concessão de auxílio-doença pretendido por WANDERLEY ROSA DA SILVA, sob o fundamento de que ausentes os requisitos legais (fls. 192/193), anoto que os autos vieram à segunda instância por força de recurso voluntário do obreiro.

Pretende o autor, por meio de sua advogada, Dra. *Regihane Carla de S. B.*

Acesso ao Sumário

Vieira, preliminarmente, a nulidade processual, sob o argumento de que o julgamento antecipado do feito cerceou seu direito de defesa, haja vista que encerrou a instrução probatória sem a realização de nova perícia por médico especializado em Dermatologia. No mérito requer a reforma da decisão, vez que padece de incapacidade laboral, restabelecendo-se a tutela antecipada. Prequestiona a matéria (fls. 195/203).

O INSS não apresentou contrarrazões.

O Ministério Público não atuou no processo (Ato Normativo nº 354/04 – PGJ – CGMP).

Recebidos os autos neste Tribunal, o v. Acórdão de fls. 224/231, de minha Relatoria, acolheu a preliminar suscitada pelo autor e determinou a conversão do julgamento em diligência para realização de nova perícia, por profissional médico especialista em dermatologia, além de vistoria ambiental.

Nomeada perita especialista e renovado o ato médico (fls. 309/331), os autos tornaram conclusos com manifestação das partes (fls. 335 e 340/348), seguida de esclarecimentos periciais (fls. 351/356).

Na sequência, foi proferida nova sentença de improcedência, pelo MM. Juiz Dr. Antenor da Silva Cápua, pois ausente o nexo etiológico laboral (fls. 365/368).

RELATADOS, passo a decidir.

Inicialmente, as arguições preliminares referentes à necessidade de renovação da prova técnica já foram devidamente analisadas no v. acórdão que converteu o julgamento anterior em diligência.

Na sequência, impõe-se a anulação da sentença de fls. 365/368.

Isto porque, nos termos do art. 505 do Código de Processo Civil, "*nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide*".

O v. acórdão de fls. 224/231 não anulou a r. sentença anteriormente proferida. Determinou apenas a conversão do julgamento em diligência para produção de novas provas.

Assim, fica anulada a decisão proferida após a determinação supra.

Passo ao mérito.

Cuida-se de ação acidentária movida pelo autor contra o INSS, alegando que, durante o vínculo empregatício mantido com a empresa *Issame Indústria e Comércio de Produtos Higiênicos Ltda*., no exercício da função de operador de máquinas, em razão do contato habitual com solventes, veio a sofrer de dermatite alérgica a produtos químicos (CID 10 – L 23.5) na data de 01/09/2005, o que acarreta incapacidade laboral. Requer benefício acidentário.

Não há notícia da emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho CAT.

Na esfera administrativa gozou de auxílio por incapacidade temporá-

ria previdenciário (NB 31/502.590.340-0), de 19/08/2005 a 30/10/2005; auxílio por incapacidade temporária previdenciário (NB 31/502.714.429-2), de 10/12/2005 a 15/11/2006; e auxílio por incapacidade temporária previdenciário (NB 31/570.477.727-5), de 21/04/2007 a 10/05/2009, todos ao diagnóstico de *dermatites alérgicas de contato* (CID 10 – L 23) (fls. 63/66 e 98/101).

O laudo médico-pericial original, subscrito pelo *Dr. Mauro Mengar*, limitou-se a analisar o obreiro do ponto de vista ortopédico, concluindo pela inexistência de incapacidade instalada, ignorando as reclamações constantes da inicial (fls. 143/153).

Convertido o julgamento em diligência e renovada a prova técnica, sobreveio novo laudo pericial (fls. 309/331), elaborado pela *Dra. Merlei Cristina Manzini*, especialista em dermatologia, que afastou qualquer indício de incapacidade laboral instalada ou nexo entre as alegações do obreiro e o labor habitual.

Inicialmente, em anamnese, anotou a profissional de confiança do Juízo:

"2.2.1. RELATO DAS ATIVIDADES LABORAIS

O periciado relatou que laborava na empresa ISSAMI indústria e comércio de produtos higiênicos LTDA na função de operador de máquina. Informou que iniciou seu pacto laboral em 2007/2008 e que labora na mesma até a atualidade.

Informou que na função que exercia na empresa realizava trabalho em uma máquina de fazer fralda descartável, que utilizava bissulfito, cola, gelatina, plático, tecido (branco), celulose, elástico, fita adesiva, e para limpar a máquina usava álcool, cloropene.

Afirmou que realizava limpeza na máquina sempre que ela apresentava defeito, isso é, cerca de 5 a 10 vezes ao dia, e que utilizava estopa embebida nos produtos.

Relatou que teve contato com os produtos desde o primeiro dia que iniciou o trabalho na empresa.

Mencionou que laborava por turnos das 6h às 14h, 14 às 22 hora, 22 às 6h,com revezamento de turno mensal.

Informou que usufruía de 1h de almoço. Sem outra pausa durante a jornada.

Referiu ter alergias desde 2005, com piora desde então.

***Declarou estar afastado do trabalho desde 2017, e mesmo assim a alergia nunca melhorou, as lesões continuaram a piorar da mesma forma quando manipulava os produtos químicos na empresa**, diz que as vezes que fazia trabalhos externos que manipulava pasta elétrica, as lesões pioravam.*

Relatou que não exerce nenhuma atividade registrada ou não registrada atualmente. Atualmente somente trabalhos domésticos.

Relatou ALERGIA em axilas, virilhas e olhos, que desencadeia também ao andar de transporte público (trem) e quando fica entre mui-

tas pessoas.

Diz que precisa fazer uso de antialérgicos continuamente para controle da doença." (fl. 311 – destaquei).

Ao exame físico especial, que contou com fotografias das axilas, região inguinal, tórax, abdômen, dorso e olhos do obreiro, observou:

"EXAME FÍSICO ESPECIAL

***Dermatológico**:*

Requerente apresentando pele íntegra, sem lesões sugestivas de dermatose alérgica de qualquer etiologia."

(...)

***Oftamológico**:*

Presença de hiperemia conjuntival e ocular, presença de membrana fibrosa sobre a esclera, com pequena área de invasão da íris, alterações compatíveis com pterígio bilateral." (fls. 316/319).

Em seguida, expôs seus achados e concluiu:

*"**5. CONCLUSÃO***

Após o resumo do motivo médico do caso em tela para esta perícia, bem como da avaliação médica, da revisão da literatura atualizada pertinente e da legislação vigente, conclui-se:

QUANTO AO NEXO CAUSAL

*A doença arguida não guarda nexo de causalidade com a função exercida, a doença e a incapacidade referida demonstram-se incongruente com a anamnese apresentada, com a história natural da doença, NTEP, sendo constatado através desta perícia que **NÃO POSSÍVEL ESTABELECER NEXO DE CAUSALIDADE PARA DOENÇA DEVIDO A FUNÇÃO EXERCIDA PELO PERICIADO. NO ENTANTO, A VISTORIA DO LOCAL DE TRABALHO SE FAZ NECESSÁRIA.***

QUANTO A INCAPACIDADE LABORAL

*Através dos elementos apresentados, conclui-se que **NÃO HÁ INCAPACIDADE LABORAL PARA AS ATIVIDADES HABITUAIS DO PERICIADO NA FUNÇÃO EM TELA APESAR DO PERICIADO SER PORTADOR DE DERMATITE DE CONTATO**."* (fls. 325/326).

Em resposta aos quesitos propostos pelo autor, asseverou:

"3. Observando o histórico clínico, estas doenças se encontram em estágio evolutivo (descompensado) ou estabilizado?

***Resp: Segundo exame físico médico pericial, em remissão**.*

4. Apreciando os atestados em anexo emitidos pelos médicos que acompanham o estado de saúde da periciando, observa-se que os pareceres apontam a existência de incapacidade para a atividade habitual. Sendo assim, à luz da Resolução no 1.488/98 e do Parecer no 10/2012 do CFM, diga o Dr. Perito:

a. É possível acolher o diagnóstico de incapacidade laboral apontado por seu colega?

Resp.: Sim, porém a incapacidade foi temporária, como determinou o deferimento dos benefícios pelo INSS." (fl. 326)

Instada a se manifestar, após impugnação não técnica do autor, esclareceu a jurisperita (fls. 351/356):

"As dermatites de contatos, são doenças crônicas e progressivas, caso não tenha o afastamento da causa, com o uso de EPIs adequados em locais laborais e extra laborais, isso significa que não só no ambiente de trabalho, o indivíduo terá a manifestação da alergia e será necessária a proteção até mesmo em ambiente domiciliar.

(...)

Diante da positividade à essas substâncias podemos verificar que a dermatose não pode ser classificada como incapacitante ao trabalho. Como exemplo utilizaremos a substância PPD mix, o requerente independentemente do local faz uso de sapatos, roupas íntimas, roupas elásticas, sem mencionar os demais produtos.

Além do mais, o requerente mencionou ter piora de sua alergia ao frequentar transportes públicos e ao estar entre pessoas."

Pois bem.

O laudo pericial foi bem fundamentado e não contrariado por assistente técnico nomeado nos autos, prestando-se como prova hábil à formação do convencimento do julgador.

Relatórios médicos em sentido diverso não chegam sequer a abalar as conclusões das perícias oficiais.

Em que pese não ter sido realizada a vistoria ambiental determinada no v. acórdão que converteu o julgamento anterior em diligência, a perícia médica renovada e o conjunto probatório fixado no feito não permitem o acolhimento da pretensão deduzida em juízo. Explico.

De acordo com a petição inicial, o obreiro sofre com dermatite alérgica em razão de constante contato com produtos químicos, decorrentes do labor por ele exercido.

Submetido a perícia realizada por profissional de confiança do juízo, especialista em dermatologia, foi confirmada a condição médica do obreiro, amplamente documentada nos autos.

Ocorre, contudo, que não se evidenciam, *in casu*, os requisitos necessários à reparação infortunística pretendida.

Entrevistado pela Dra. *Merlei Cristina Manzini*, o segurado relatou, em anamnese, que as alergias acometiam suas "*axilas, virilhas e olhos*" e eram desencadeadas, "*também ao andar de transporte público (trem) e quando fica*

Acesso ao Sumário

entre muitas pessoas". Asseverou, ainda, que está "*afastado do trabalho desde 2017 e, mesmo assim a alergia nunca melhorou*" (fl. 311), e que a empresa fornecia EPIs, notadamente máscara, luva, avental sem manga e protetor auricular (fl. 312).

Durante o exame físico dos locais afetados, documentado com fotografias, o requerente apresentou "*pele íntegra, sem lesões sugestivas de dermatose alérgica de qualquer etiologia*". Quanto aos olhos, evidenciaram-se alterações compatíveis com *pterígio bilateral*.

Encerrado o ato médico a profissional de confiança do juízo afirmou que, além de não ser possível estabelecer o nexo de causalidade, o segurado não cursa, atualmente, com incapacidade laboral instalada.

Como anteriormente asseverado, não se discute que o segurado sofra com "*dermatite de contato alérgica*", condição fartamente documentada no feito.

Não obstante, como se extrai do laudo, além desta mazela não possuir relação com o labor habitual, não foi observada, atualmente, incapacidade laborativa, parcial ou total, provisória ou permanente, para suas funções habituais.

Com efeito, foram apresentados diversos testes de contato alérgico que indicaram resposta positiva às substâncias *PPD-MIX, Epoxiresina, Terebentina, Bálsamo do peru, Hidroquinona, Tiuram-mix, Perfume-mix, Quinolina-mix, Etilenodiamina, Carba-mix, Etilenodiamina e Armechol L-101*, algumas supostamente utilizadas no posto de trabalho do obreiro.

Contudo, a jurisperita asseverou que o uso de EPIs adequados – que são fornecidos pela empresa, segundo relato do obreiro –, servem ao objetivo de afastar a causa das alergias. Vai além, a *expert*, ao afirmar que, devido às substâncias tidas como positivas ao teste de contato alérgico, o segurado deveria utilizar EPIs também em ambientes extra laborais e domiciliar (fl. 352).

Isto porque, tomando como exemplo a substância *PPD-Mix*, ela pode ser encontrada em "*artigos de borracha (sapatos, botas, fones de ouvido, bolas, roupas elásticas, pneus), borracha anti-derrapantes, máscaras (proteção, mergulho), roupas íntimas*", objetos comuns, utilizados pelas pessoas a todos os momentos.

Mais do que isto, importante notar que o segurado referiu piora do quadro alérgico "*ao frequentar transportes públicos e ao estar entre pessoas*", circunstâncias em que, fora do ambiente laboral, provavelmente não fazia uso dos equipamentos necessários à sua proteção e eficazes na prevenção das doenças durante o trabalho.

Diante disto, resta impossível atribuir ao labor habitual a responsabilidade pela manifestação da doença de pele referida na inicial.

De outro lado, ainda que se pudesse confirmar a origem etiológica laboral da patologia, não há, *in casu*, incapacidade laboral instalada.

Segundo o laudo médico-pericial, o obreiro "*não apresenta sinais clínicos de alergia cutânea de qualquer etiologia*" (fl. 329), "*faz uso de antialérgicos continuamente para controle da doença"* (fl. 311) que se encontra "*em remissão*" (fl. 329) e, apesar de ter havido "*incapacidade temporária para o trabalho*" nos períodos em que afastado pelo INSS, "*não há incapacidade laboral*" atual (fl. 330).

Em outras palavras, encontra-se apto para o labor.

O que se analisa, em infortunística, é a incapacidade laboral resultante do acidente de trabalho ou da doença profissional ou do trabalho e não a lesão em si.

O conjunto probatório fixado nos autos é convincente e não permite o acolhimento da pretensão deduzida em juízo, porquanto os requisitos para a concessão do benefício acidentário foram devidamente rechaçados pelo laudo médico-pericial.

No mais, lamenta-se que o autor sofra com a doença de pele. Mas, repise-se, como não há demonstração de que causem diminuição de sua capacidade laboral ou que o trabalho por ele desenvolvido tenha qualquer relação com as mazelas, necessária a manutenção improcedência.

Por fim, observo que o autor está isento do pagamento de qualquer verba decorrente da sucumbência, em razão do disposto do artigo 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, com a observação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001636-48.2022.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante ALINE GUISINI ALVES, é apelado MUNICÍPIO DE BOREBI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.063)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 21 de novembro de 2022.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação ordinária – Servidora da Municipalidade de Borebi, ocupante de cargo em comissão – Dispensa – Pretensão voltada à percepção de FGTS – Impossibilidade – Servidora ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF/88), sem direito ao FGTS – Exercício de função de confiança que pressupõe dedicação exclusiva, sem controle de frequência – Sentença de improcedência – Desprovimento do recurso.

VOTO

I - Trata-se de ação ordinária proposta por ex-servidora da Municipalidade de Borebi, outrora ocupante do cargo em comissão de "Secretária de Administração", objetivando – em virtude de dispensa do aludido cargo – o recebimento de verba trabalhista, ou seja, o FGTS não depositado durante a vigência do contrato de trabalho.

A ação foi originariamente ajuizada na Justiça do Trabalho, definindo-se pela competência da Justiça Comum estadual (fls. 190/194 e 205).

A r. sentença de fls. 210/213, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido.

Recorre a autora objetivando a inversão do julgado. Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

II – O recurso, "*data venia*", não merece acolhimento. Trata-se de ação proposta por servidora municipal, outrora ocupante de cargo em comissão, objetivando, em razão de dispensa em 11.02.2020 (fls. 04), o recebimento do FGTS não depositado.

Instaurada a controvérsia, a Municipalidade esclareceu que a autora foi ocupante de função comissionada, de livre nomeação e exoneração, submetida ao regime estatutário e não à CLT.

Acesso ao Sumário

Estabelecidos tais fatos, dispõe o artigo 252 do Regimento Interno desta Corte que o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Outra não é a situação que se verifica dos autos, uma vez que a r. sentença recorrida, no essencial, bem decidiu a questão, destacando-se:

"(...). Busca Aline Guisini Alves a condenação da Municipalidade de Borebi ao pagamento dos depósitos de FGTS referente ao período em que exerceu o cargo de secretária de administração.

Restou incontroverso que a autora exerceu o cargo de provimento em comissão de secretária de administração da Municipalidade de Borebi, tendo

sido nomeada para integrar o quadro da Administração Pública em 03.07.2017, ocorrendo sua exoneração, a pedido, em 11.02.2020.

Pois bem, a existência de cargo em comissão na Administração Pública encontra-se prevista no art. 37, II, Constituição Federal: "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal, os cargos em comissão restringem-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, constituindo exceção à obrigatoriedade constitucional do concurso público, possuindo natureza jurídica administrativa, de modo que o vínculo existente entre a autora e o Município não sujeita ao regime celetista, ainda que existente registro na CTPS da requerente.

A natureza administrativa do vínculo estabelecido entre as partes é extraído do próprio cargo em comissão exercido pela autora, e não por intermédio de um contrato de trabalho, aplicando-se à requerente a regra de livre nomeação e exoneração, incidindo sobre essa relação as normas de direito público.

Nesses termos, considerando a natureza do cargo exercido pela autora (cargo em comissão), é de rigor reconhecer o vínculo administrativo entre as partes, não se aplicando ao caso vertente as normas trabalhistas, não fazendo a requerente, portanto, jus ao recebimento de FGTS durante o período em que exerceu o cargo de secretária de administração.

A propósito, esse é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – Reclamação trabalhista – Pleito que se iniciou na Justiça Trabalhista – Competência da Justiça Comum – Cargo em comissão – Relação de natureza administrativa – Pedido de verbas salariais previstas na CLT – Inadmissibilidade – Precedentes – Ação julgada improcedente na 1ª instância – Sentença mantida – Recurso não provido." (Apelação nº 0001047-60.2015.8.26.0397, 6ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Leme de Campos, j. 05.03.2018).

No mesmo sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL – DIFERENÇAS SALARIAIS – Pretensão ao recebimento de verbas de natureza trabalhista por servidor de fundação pública estadual após o encerramento do vínculo jurídico – Descabimento – Cargo em comissão, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ostenta natureza precária, de livre nomeação e exoneração (ad nutum) e é iniciado por meio de um ato administrativo (in casu, uma Portaria), não por intermédio de contrato de trabalho – Vínculo jurídico administrativo – Impossibilidade de albergar o pedido de recebimento de verbas disciplinadas pela CLT – Precedentes – Pedido inicial julgado improcedente – Manutenção da sentença – Recurso não provido (Apelação nº 0005254-62.2016.8.26.0011, a 12ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Osvaldo de Oliveira, j. 26.04.2018).

Acesso ao Sumário

O pedido é, pois, improcedente.

Daí porque, ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado por Aline Guisini Alves.

Porque não apreciado, à luz dos documentos juntados, concedo à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Sucumbente, condeno a autora ao pagamento da verba honorária que arbitro em 10% do valor atualizado dado à causa, observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC.

Oportunamente, regularizem-se e arquivem-se os autos.

Publique-se. Intime-se.".

No caso em comento, em que pesem as razões recursais da autora, cumpre observar que, em um primeiro plano de discussão, a autora foi ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, consoante autoriza o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, e como tal, submetida ao regime estatutário, de modo que a aplicação normativa restrita está à Constituição e ao estatuto regulador, não guardando aplicação as regras constantes da Consolidação das Leis do Trabalho ou entendimentos jurisprudenciais firmados na Justiça do Trabalho, hipótese absolutamente diversa do servidor contratado por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excecional interesse público (artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal), esse sim submetido ao regime celetista.

A nomeação para o exercício de cargo em comissão não gera vínculo de emprego entre o servidor e a Administração Pública, mas sim uma situação diferenciada, que autoriza a dispensa ad nutum do ocupante do cargo comissionado.

Assim, dada a precariedade da admissão, a instabilidade do vínculo e até mesmo a previsibilidade da dispensa, não há falar em direito à percepção de FGTS.

Em suma, os elementos dos autos não autorizam a modificação do decidido em primeira instância, merecendo ser mantida a r. sentença recorrida, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

"SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – CARGO EM COMISSÃO – Reclamação trabalhista – Pedido de verbas salariais previstas na CLT – Inadmissibilidade – Pretensão ao recebimento de horas-extras – Cargo em comissão sob o regime de dedicação plena – Impossibilidade - Dano moral não caracterizado – Precedentes – Ação julgada improcedente na 1ª instância – Sentença mantida – Recurso não provido". (Apelação nº 0003618-78.2014.8.26.0319, Rel. Des. Leme de Campos).

"APELAÇÃO. RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGO EM COMISSÃO. Pretensão ao pagamento de FGTS. Impossibilidade.

Inaplicabilidade da CLT. Vínculo jurídico-administrativo entre autora e ré. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido". (Apelação nº 0003619-63.2014.8.26.0319, Rel. Des. Marcelo Semer).

Em virtude da sucumbência recursal, impõe-se a majoração da verba honorária em 2% do arbitrado em primeira instância, com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, observando-se a gratuidade de justiça deferida no corpo da r. sentença fls. 212/213.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1040353-71.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIACAO PAULISTANA DE BRIDGE, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Fernando Luiz da Gama Lobo D´eça OAB/SP 66899", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.122)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), MÔNICA SERRANO e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 10 de novembro de 2022

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – IPTU – Exercícios de 2000 a 2005 – Crédito quitado pelo Programa de Parcelamento – Incentivado – Associação civil dedicada ao jogo de bridge – Pretendida imunidade tributária CF, art. 150, inciso VI, c – Entidade sem caráter filantrópico, que não presta serviços educacionais nem de assistência social – Dispensa da perícia contábil requerida para comprovar o preenchimento dos requisitos contidos no art. 14, do CTN – Pretendida isenção do IPTU sobre imóvel da entidade, como agremiação desportiva, desde que comprovadas as

Acesso ao Sumário

condições exigidas pela legislação municipal vigente na época dos fatos geradores – Cerceamento de defesa não configurado e confirmação do julgamento antecipado – Sentença mantida – Recurso desprovido, com majoração dos honorários em grau recursal para doze por cento (12%) sobre o valor atualizado da causa de R$ 471.208,95 em junho de 2021.

VOTO

Apelação contra sentença que julgou improcedente os pedidos formulados na ação ordinária, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa[6]. Inconformada, a apelante alega nulidade da sentença por cerceamento de defesa, entendendo ser necessária a realização de perícia contábil para comprovar o preenchimento dos requisitos da imunidade e isenção tributária. No mérito, sustenta fazer *jus* à imunidade porque se enquadra no conceito de instituição de educação, sem finalidade de lucro, por incentivar a prática do carteado lícito, em especial o bridge e preencher os requisitos do art. 14, do CTN, mantendo às suas expensas espaços próprios, instalações e equipamentos adequados às suas finalidades, com prestação dos serviços educacionais de interesse e utilidade pública à coletividade. Daí pugna pela anulação da sentença para que seja retomada a fase saneadora e realizada prova técnica contábil. Recurso regularmente recebido e processado com resposta, em que a apelada sustenta, em síntese, que a entidade não se dedica a nenhuma atividade educacional ou assistencial, apenas à promoção de jogos de cartas, não preenchendo os requisitos legais para obtenção da imunidade tributária, nem de isenção, o que também descaracteriza a sua atividade como esportiva.

Relatado.

Ação ordinária cumulada com repetição de indébito, a fim de afastar a incidência de IPTU sobre imóvel da sociedade autora no período de 2000 a 2005, cujos valores já foram quitados por meio do *Programa de Parcelamento Incentivado*, sob o fundamento de que faz *jus* à imunidade e à isenção prevista na legislação municipal, propugnando pela anulação da sentença para que possa produzir perícia contábil na forma do art. 14, do CTN e da lei processual.

As questões relativas à atividade desenvolvida pela autora e a pretendida concessão de imunidade e isenção devem ser examinadas conjuntamente.

O artigo 1º, do estatuto da apelante, estabelece tratar-se de associação sem fins lucrativos, com personalidade jurídica distinta de seus associados, com os objetivos de *difundir, incentivar e aperfeiçoar o jogo de bridge; realizar*

Acesso ao Sumário

6 Valor da causa em junho de 2021: R$ 471.208,95.

reuniões de caráter esportivo, cultural, artístico e social; proporcionar aos associados reuniões de caráter recreativo e social e a prática de jogos carteados lícitos; e patrocinar e colaborar em campanhas artísticas, filantrópicas, assistenciais e de saúde pública (fls. 86/106 – grifado).

Desde 1960 o bridge é considerado uma modalidade de esporte e não um jogo de azar (Novo Dicionário AURÉLIO da Língua Portuguesa, 2ª ed. Nova Fronteira, pág. 285), contudo, como bem ponderou o Juízo *a quo, ainda que seja considerado esporte, a atividade de forma alguma se enquadra em atividade de utilidade pública assistencial ou educacional para fins de imunidade. E conclui que a imunidade é uma regra excepcional dentro do sistema constitucional tributário, de sorte que não pode ter seus limites alargados pura e simplesmente pela conveniência. Ao se estabelecer atividades assistenciais e educacionais, de rigor que se mantenha o foco objetivamente adstrito. Tanto assim que a parte autora não possui reconhecimento de entidade beneficente – CEBAS ou declaração oficial como entidade de utilidade pública nas esferas municipal, estadual e federal.*

Mais não é preciso dizer.

Assim, ausente caráter filantrópico de assistência social ou educacional, fica descartado o reconhecimento da imunidade subjetiva (CF, art. 150, VI, letra c) e consequentemente, a necessidade da realização de prova técnica contábil para comprovar o eventual preenchimento dos demais requisitos, inclusive os contidos no artigo 14, do Código Tributário Nacional.

Já o artigo 179, do CTN, proclama que 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.*

Com efeito, a Lei Municipal nº 6.989/1996, com redação dada pela Lei nº 14.865/2008, concede isenção às agremiações desportivas, nos termos seguintes:

Art. 18 - São isentos do imposto:

(...)

II - Os imóveis construídos pertencentes ao patrimônio:

(...)

h) das agremiações desportivas, efetiva e habitualmente utilizados no exercício de suas atividades, desde que não efetuem venda de "poules" ou talões de apostas; (grifado).

Enquanto que o *caput* do artigo 18-A, determina:

Art. 18-A - Uma vez deferido o pedido de desconto ou isenção, o benefício será mantido pela autoridade tributária, automaticamente, para

Acesso ao Sumário

exercícios posteriores àquele do requerimento, devendo o contribuinte ser convocado, dentro do período decadencial do lançamento, a fim de comprovar o cumprimento das exigências legais para sua concessão.

Ocorre que antes da Lei nº 14.865/2008 vigorava a Lei Municipal nº 9.273/1981, que assim dispunha:

Art. 1º - Ficam isentos dos impostos predial e territorial urbano os imóveis das agremiações desportivas, efetiva e habitualmente utilizados no exercício de suas atividades, desde que as mesmas entidades não efetuem venda de "poules" ou talões de apostas.

§ 1º *A obtenção da isenção dependerá de requerimento do interessado, instruído com atestado de filiação a uma federação esportiva estadual e alvará de funcionamento fornecido pelo Conselho Regional de Desportos do Estado de São Paulo* (grifado).

§ 2º A isenção concedida na forma deste artigo poderá ser cassada, por simples despacho da autoridade competente, se não forem observadas as exigências desta lei.

Dessa forma, tratando-se de isenção condicionada, cabia à interessada demonstrar o cumprimento da legislação municipal vigente no período em exame (2000 a 2005), o que também afasta a realização de perícia contábil, porquanto poderia atestar, tão somente, a falta de venda de "poules" ou talões de apostas, enquanto que no tocante aos demais requisitos bastaria a juntada do requerimento administrativo, atestado de filiação a qualquer federação esportiva estadual e alvará de funcionamento do Conselho Regional de Desportos do Estado de São Paulo, o que não ocorreu.

Vale ainda registrar que a filiação da autora à Federação Brasileira de Bridge (fls. 107) sequer constitui requisito à concessão do benefício legal, assim como a perícia contábil realizada em outro feito, relativamente aos exercícios de 2018 e 2019, porque não interferem no deslinde da presente demanda, tudo a descaracterizar o cerceamento de defesa e confirmar o julgamento antecipado da lide, mantendo a sentença recorrida.

Daí porque, **nega-se provimento ao recurso**, com majoração da verba honorária para doze por cento (12%) sobre o valor da causa atualizado (CPC, art. 85, §11).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000241-82.2021.8.26.0660, da Comarca de Viradouro, em que é apelante MUNICÍPIO DE VIRADOURO, é apelada DINA TERESA COLÓSIO PORCIONATO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos oficial, considerado interposto, e voluntário do Município de Viradouro, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.204)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: SAÚDE. Autora portadora de demência e alzheimer (CID 10 – G30.0). Pretensão ao fornecimento do medicamento "Cannameds CBD OI FULL SPECTRUN 300MG". Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Tema 793, reafirmou sua reiterada jurisprudência no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos. Polo passivo que pode ser composto por qualquer dos entes, isolada ou conjuntamente, como decidido pelo próprio STF. Suficiência dos elementos dos autos para demonstrar a inadequação ou ineficácia dos fármacos disponíveis no SUS. Tese firmada pelo STJ em sede de recurso repetitivo (REsp 1.657.156/RJ, Tema 106). Observação quanto à necessidade de renovar a prescrição médica a cada 6 (seis) meses, nos termos da RDC/ANVISA 660/2022. Sentença que julgou procedente a ação. Recursos oficial, que se considera interposto, e voluntário do Município de Viradouro não providos, com observação.

VOTO

A r. sentença julgou procedente ação de obrigação de fazer ajuizada por portadora de demência e alzheimer (CID 10 – G30.0) para determinar o fornecimento, pelo Município de Viradouro, do medicamento descrito na inicial, *Cannameds CBD OI FULL SPECTRUN 300MG.*

O réu apelou. Alega, preliminarmente, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo, haja vista que o medicamento não tem registro na ANVISA, devendo ser reconhecida a responsabilidade da União Federal para seu fornecimento, consoante Tema 793 do STF. No mérito, sustenta que a autora não comprovou o preenchimento dos requisitos exigidos no REsp nº 1.657.156. Pede o provimento do recurso para que seja acolhida a preliminar arguida e, no

Acesso ao Sumário

mérito, que seja a ação julgada improcedente. Caso diverso o entendimento do Tribunal, pede seja "*deferido ao município a possibilidade de entrega de outros medicamentos que garantam o mesmo princípio ativo*" e assegurado seu direito de regresso contra a União.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 490/509). A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 600/605).

É O RELATÓRIO.

A sentença está sujeita a reexame necessário, nos termos do art. 496, I, do CPC, uma vez que nem a condenação nem o proveito econômico obtido têm valor certo. Por isso, é inaplicável a dispensa do art. 496, § 3º, II, do CPC.

O Município de Viradouro alega que não tem legitimidade passiva para a demanda, pois o fornecimento não é de sua responsabilidade, mas da União, por se tratar de medicamento não registrado na ANVISA. A arguição não procede, pois os destinatários da norma contida na primeira parte do artigo 196 da Constituição Federal – "A saúde é... dever do Estado" – são as pessoas jurídicas dos três níveis da Federação. Em consequência, as prestações decorrentes do dispositivo podem ser exigidas de qualquer delas. Não se trata, evidentemente, de ignorar as normas e princípios que informam a Administração, seu orçamento e, em especial, o SUS. Trata-se apenas de garantir o cumprimento do disposto no artigo 196 da Constituição Federal e evitar, desse modo, o risco de dano irreparável à saúde do apelado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 793 de repercussão geral, fixou a tese de que "***os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde****, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro*" (grifei). Verifica-se que o julgado, na verdade, reafirmou a já consolidada jurisprudência do STF, também observada por esta Corte, no sentido de que a responsabilidade dos entes federativos na efetivação do direito à saúde, no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos e insumos, é solidária.

Nesse sentido, vale mencionar a Apelação nº 1000574-60.2020.8.26.0404, Rel. Jose Eduardo Marcondes Machado, J. 26.05.2022:

> "RECURSO DE APELAÇÃO. Obrigação de fazer. Pretensão ao fornecimento de medicamento. Pedido fundado no artigo 196 da Constituição Federal. Direito à saúde. Obrigação solidária entre os entes da federação. Tema 793 do STF. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres estatais, caracterizado pela responsabilidade solidária dos entes federados. Comprovada a incapacidade financeira do

Acesso ao Sumário

impetrante para arcar com o tratamento de que necessita. Laudo médico comprova a imprescindibilidade da medicação em observância ao tema 106 do STJ. Revisão dos honorários para fixação por equidade. Recurso parcialmente provido."

Transcrevo trecho da fundamentação:

"(...) tem-se que a partir de interpretação sistemática do art. 196 da Constituição Federal, convém registrar que o fornecimento de tratamento médico e a subministração de fármacos compete a todos os entes federativos integrantes da administração direta em âmbito federal, estadual e municipal, solidariamente, como sedimentou o Supremo Tribunal Federal ao tempo do julgamento do Tema 793 da repercussão geral. Confira-se: '"Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro"'. **Não se desconhece recente revisitação do tema pela 1ª Turma do STF (RCL 49890 e 50414), mas ainda a exigir outros pronunciamentos da Corte para delinear e assentar de forma definitiva a questão da competência da Justiça Federal para o fornecimento de medicamento não disponibilizado pelo SUS. E a comprovar que a jurisprudência ainda não está sedimentada, colho recentíssimo julgamento do Superior Tribunal de Justiça, realizado em data posterior à decisão da 1ª Turma do STF mencionada no parágrafo anterior, que reconheceu a possibilidade de acionamento de qualquer dos entes federados: '"Fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas não constate dos atos normativos do SUS. Tema 793 da repercussão geral. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Obrigação solidária dos entes da federação. Impetração direcionada apenas contra secretário estadual da saúde. Competência da Justiça Estadual"' (STJ RMS 68.602-GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado em 22.4.2022. DJe 29.4.2022).**

Prevalece, portanto, ao menos por ora, entendimento de que a demanda pode ser diretamente ajuizada em face de quaisquer das pessoas jurídicas de direito público (Súmula 37 deste Tribunal de Justiça), e que, internamente, vez que compete ao Ministério da Saúde (União) financiar os medicamentos que representam elevado impacto financeiro ao Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) como ocorre na hipótese vertente, os integrantes do Sistema Único de Saúde adotem os procedimentos necessários, à vista de suas respectivas atribuições, para equalizar os repasses, com as

Acesso ao Sumário

devidas transferências/compensações de receita, com ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (*in casu*, o ente estadual).” (grifei)

Diante dos fundamentos transcritos, que adoto, deve ser rejeitada a pretensão de inclusão da União Federal na relação processual. O Município de Viradouro tem legitimidade passiva para a causa.

Quanto ao tema de fundo, o acolhimento do pedido inicial está condicionado ao preenchimento dos requisitos estabelecidos no REsp nº 1.657.15, quais sejam:

> *Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;*
>
> *Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;*
>
> *Existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.*
>
> *Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.*

A necessidade do medicamento está justificada no relatório e prescrição médica de fls. 25, firmados pelo médico da autora. Segundo o relatório, a paciente “*tem diagnóstico de doença de Alzheimer com evolução rápida e prognóstico desfavorável. Já fez uso de Donepezila, Galantamina, Rivastignima e Memantina sem resposta adequada. Apresentando alterações de comportamento, inversão do ciclo sono vigília e memória muito prejudicada, por este motivo momento de agitação e agressividade (sic)*.”. Ressaltou, também, o médico que “*devido à gravidade e à refratariedade do quadro solicitado início do tratamento com CANNAMEDS CBD associado à medicação de uso da paciente para melhora de qualidade de vida da paciente bem como de seus cuidadores e familiares. Este medicamento não se encontra no SUS e proporcionou para paciente melhora do sono, controle da agitação, melhora na percepção e da orientação temporo espacial. Bem como todas suas atividades de vida diária. O Canabidiol fornecido pelo SUS é o CDB isolado que somente tem a Molécula CDB, que não tem a mesma eficácia que o medicamento tomado pela paciente que é o canabidiol espectro completo é uma opção superior. Os efeitos são mais potentes, tendo benefícios mais eficazes, pois contém Terpenos, canabinoides, lignanas, flavonoides e polifenóis, por ser completo. Tem eficácia maior, sendo de suma importância para qualidade de vida da paciente e seus familiares. Esse medicamento Cannameds CBD oil full spectrun 3000 mg 20 gst 3x ao dia completo já é autorizado pela Anvisa*. Os laudos médicos de fls. 362/363 atestam, em reforço,

Acesso ao Sumário

que a autora já fez uso de várias medicações, inclusive as fornecidas pelo SUS, porém não teve melhora, e que com o uso do fármaco pleiteado (*Cannameds*), evoluiu "*de uma situação desesperadora, totalmente dependente, para uma vida praticamente normal (sic)*".

As conclusões transcritas, como já consignado, dão conta da necessidade do medicamento e, evidentemente, da necessidade da tutela jurisdicional pleiteada. Por outro lado, em que pese as razões recursais do Município de Viradouro, não trouxe ele aos autos elementos consistentes que informassem sobre a existência da alegada alternativa terapêutica adequada e disponível no SUS.

A autora possui autorização da ANVISA para importar o medicamento pleiteado (fls. 27/28), o que caracteriza sua regularidade.

Anoto que o Tribunal já se pronunciou favoravelmente ao fornecimento do medicamento em discussão, *Cannameds CBD oil full spectrun 3000 mg* (Apelação 1063106-61.2017.8.26.0053, Rel. Des. Isabel Cogan, j. 25/11/202, v.u.; Agravo de Instrumento 3002860-54.2022.8.26.0000, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 06/06/2022, v.u e Agravo de Instrumento 2201069-83.2022.8.26.0000, Rel. Des. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, j. 14/09/2022, v.u).

Quanto à hipossuficiência econômica, além de também não ter sido objeto de impugnação específica e fundamentada, nada nos autos sugere a sua inexistência. Consigno que existe informação nos autos de que a agravada tem renda mensal de cerca de R$ 1.100,00 (fl. 50/55) e não declarou imposto de renda nos últimos exercícios (fl. 56/62).

Sem razão, por isso, o réu ao afirmar, em suas razões recursais, que não foram preenchidos os requisitos estabelecidos pelo STJ no julgamento do Tema 106.

Diante de tais circunstâncias, o acolhimento do pedido para o fornecimento dos medicamentos era mesmo de rigor.

Também não merecem acolhimento os pedidos subsidiários para que "*seja deferido ao município a possibilidade de entrega de outros medicamentos que garantam o mesmo princípio ativo, conforme jurisprudência pacífica das Corte Superiores. E ainda, assegurado o direito de regresso contra a União*". O primeiro porque ficou demonstrado ao longo da instrução processual que não há substitutos eficientes ao fármaco prescrito, devendo ser observada a prescrição médica de fl. 25. O segundo porque não cabe aqui discutir eventual direito das partes contra ente púbico estranho à relação processual.

Observo, apenas, que a autora deverá providenciar a renovação da prescrição médica a cada 6 (seis) meses, nos termos da RDC/ANVISA 660, de 30 de março de 2022.

Em consequência, os ônus sucumbenciais deverão ser majorados, em atendimento ao disposto no art. 85, § 11, do CPC. Os honorários advocatícios

Acesso ao Sumário

devem ser arbitrados em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), quantia que melhor atende aos parâmetros do art. 85, § 2º.

Pelo meu voto, nego provimento aos recursos oficial, que considero interposto, e voluntário, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025829-35.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CEMIL TUBOS E CONEXÕES LTDA., 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 18.397)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação ordinária. Crédito tributário. Compensação com precatórios alimentares. Necessidade de lei específica do ente competente autorizando o encontro de contas. Art. 170 do CTN. Ausência de autorização legal no Estado de São Paulo para compensação. Disposição do § 9º, art. 100, da Constituição Federal, permite a compensação apenas entre o credor originário e a Fazenda Pública. Precedentes. Modificações introduzidas no texto constitucional pelas ECs nºs 94/2016 e 99/2017 que não beneficiam a requerente, haja vista a ausência de regulamentação legal específica autorizando a compensação. JUROS DE MORA. Ausência de comprovação de que sobre o débito de ICMS teriam incidido juros de mora em patamar superior ao da taxa Selic. Débito inscrito em período posterior à vigência da Lei nº 16.497/17, que promoveu alteração no artigo 96, §1º, da Lei nº 6.374/89, para estabelecer como limite dos

Acesso ao Sumário

juros a variação da taxa Selic. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por CEMIL TUBOS E CONEXÕES LTDA. contra r. sentença de fls. 188/198, que, nos autos de ação anulatória de débito fiscal ajuizada em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, julgou extinto, sem resolução do mérito, o pedido de adequação dos juros de mora à SELIC e improcedente o pedido de compensação de débito de ICMS do mês de novembro de 2021 com crédito de precatório estadual de natureza alimentar.

Em razões de recurso, alega a autora, em síntese, que possui direito ao cancelamento do protesto da CDA nº 1.339.322.768, relativa a débito de novembro de 2021, no valor total de R$ 261.616,73, uma vez que protocolou, no prazo legal, o pedido de compensação desse débito com o crédito de precatório alimentar que possui. Ressalta ser devido o cancelamento do protesto realizado pelo Fisco, tendo em vista a abusividade dos juros de mora cobrados em valor superior à taxa Selic. Afirma que são indevidos os honorários advocatícios administrativos cobrados junto ao débito principal. Aduz que o argumento de que não há lei específica do Estado autorizando a compensação almejada nesta ação não se sustenta frente ao que dispõe os artigos 170 do Código Tributário Nacional, 5º, XXXV, da Constituição Federal e, principalmente, 101 e 105 da Emenda Constitucional nº 99/2017. Afirma que o precatório equivale a dinheiro para fins de compensação e que todo precatório possui poder liberatório para pagamento de tributo. Subsidiariamente, pugna pela redução dos honorários de sucumbência (fls. 203/230).

Contrarrazões a fls. 240/276.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso em seus regulares efeitos, nos termos do artigo 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil.

Todavia, o apelo não comporta provimento.

Cinge-se a controvérsia à pretensão de compensar débitos tributários com créditos de precatórios de terceiros.

O pleito da autora, desde logo, já não encontraria a almejada guarida nos artigos 5º e 6º, da Emenda Constitucional 62/09, dado que a previsão dos dispositivos se limita apenas às cessões de precatórios e compensações realizadas antes de promulgação da mencionada emenda, não havendo que se cogitar, no caso, em convalidação constitucional, pois as cessões, conforme consta dos documentos de fls. 77/98, só ocorreram em 2021.

Acesso ao Sumário

Demais disso, para além da duvidosa exequibilidade, inexiste lei específica no Estado de São Paulo autorizando o encontro de contas, na forma do art. 170 do CTN[1].

Conforme leciona **Leandro Paulsen**:

"o art. 170, por si só, não gera direito subjetivo à compensação. O Código Tributário simplesmente autoriza o legislador ordinário de cada ente político (União, Estados, e Municípios), a autorizar, por lei própria, compensações entre créditos tributários da Fazenda Pública e do sujeito passivo contra ela."[2]

A Administração, regida pelo princípio da legalidade, acha-se autorizada a fazer apenas o que a lei permite (cf. **Hely Lopes Meirelles**, *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., p. 89; **José dos Santos Carvalho Filho**, *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., p. 20); articulada à ideia de limitação do poder em nome da liberdade pública está a premissa de que "*toda acción del poder esté justificada em uma Ley previa*" (cf. **Eduardo García de Enterría** e **Tomás -Ramón Fernandez**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10ª ed., p. 433 e ss.), restando reservada à lei a prerrogativa de definir hipóteses e formas em que se viabilize o *tornar-se ativo da Administração* (cf. **Hartmur Maurer**, *Direito Administrativo Geral*, p. 122).

E sem lei que autorize o Estado de São Paulo a aceitar a compensação facultada pelo Código Tributário, não cabe suscitar o poder liberatório instituído pela Emenda nº 30/2000 – consoante assinala a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS DE ICMS COM PRECATÓRIOS VENCIDOS. FATO SUPERVENIENTE. EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009. MANDADO DE SEGURANÇA PREJUDICADO. 1. O STJ vem mantendo hígidos os provimentos jurisdicionais que decretam, em razão da edição da EC 62/2009, a perda do objeto dos writs que visam à compensação de tributos com precatórios no regime do art. 78, §2º, do ADCT. 2. A jurisprudência deste Tribunal Superior pacificou-se no sentido de que compete à legislação de cada ente federativo estabelecer o regramento da compensação de tributos de sua responsabilidade. No caso do Estado de São Paulo, inexiste lei que autorize a pretensão aqui perseguida, não se podendo admitir a aplicação imediata do artigo 78, §2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30/2000. 3. Agravo Regimental não provido".[3]

Acesso ao Sumário

1 Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

2 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 14ª ed., Livraria do Advogado, pág. 1.132.

3 **STJ**: AgRg no AREsp 472333/SP, Segunda Turma, Relator **Ministro Herman Benjamin**, j. 22.04.2014. De igual modo: AgRg no Ag 1402282 / RS Relator **Ministro Castro Meira** j. 03/11/2011; EDcl no Ag 1063636 / RS Relator **Ministro Benedito Gonçalves**, j. 15/09/2009.

Seria possível cogitar, em tese, de exceção a essa regra na hipótese do § 9º do artigo 100 da Constituição Federal, decorrente da Emenda Constitucional nº 62/09: "*no momento da expedição dos precatórios,* ***independentemente de regulamentação****, deles deve ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos* ***contra o credor original*** *pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial*".

Não é este o caso dos autos, contudo: inexiste controvérsia quanto ao fato de que a apelante adquiriu de terceiros o precatório cujo crédito pretende abater de débito **dela** – que reconhecidamente não é o *credor original* desses precatórios.

Logo, as alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 62/09 não têm o alcance imaginado pela apelante, sendo inviável determinar a compensação que ela pretende.

Nesse sentido é a Jurisprudência desta Corte:

> *"Mandado de Segurança – ICMS – Compensação com crédito decorrente de cessão de direitos relativos a precatório alimentar – Vedação pelo disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, que exige lei que a autorize, e no art. 78 caput do ADCT, conforme redação dada pela EC n. 30/00, não modificado pela EC n. 62/09, art. 1º*, parágrafo décimo-terceiro."[4].

De outro lado, nota-se que os precatórios judiciais oferecidos em garantia têm natureza alimentar; e o próprio artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mencionado pela apelante, ressalva a possibilidade de compensação de precatórios dessa espécie.

Nesse sentido se pronuncia o Superior Tribunal de Justiça (sem grifo no original):

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. PODER LIBERATÓRIO DOS TRIBUTOS. ARTIGO 78, PARÁGRAFO 2º, DO ADCT. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não reconhecido o direito à compensação tributária, ante a ausência de comprovação do direito líquido e certo, ou ato lesivo ou justo receio de lesão à empresa recorrida, a ser amparado por mandado de segurança, inverter-se a conclusão a que chegou a Corte Regional, no sentido de se entender como cumpridos, ou não, os requisitos exigidos para a concessão da compensação*

Acesso ao Sumário

4 **TJSP**: Apelação n.º 0035011-82.2010.8.26.0053, Relator: **Des. Alves Bevilacqua**, 2ª Câmara de Direito Público, j. 14.02.2012. Apelação n.º 0064647-65.2010.8.26.0224, Relatora: **Des.ª Luciana Bresciani**, 13ª Câmara de Direito Público, j. 26.10.2011; Apelação n.º 0011670-27.2010.8.26.0344, Relator: **Des. Borelli Thomaz**, 13ª Câmara de Direito Público, j. 30.11.2011; Apelação n.º 9064699-32.2009.8.26.0000, Relator: **Des. José Luiz Germano**, 2ª Câmara de Direito Público, j. 24.08.2010.

pretendida no mandamus, insula-se no universo fáctico-probatório dos autos. 2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado nº 7). 3. ***A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que os precatórios de natureza alimentar não estão sujeitos ao poder liberatório do pagamento de tributos, na forma do parágrafo 2º do artigo 78 do ADCT, tendo em vista que expressamente ressalvados pelo caput do artigo, de modo que não podem ser usados para compensação de débitos tributários.*** *4. Agravo regimental improvido."*[5]

E assim também se posiciona esta Colenda Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL – Preliminar – Reforma do valor da causa – Determinação de regularização do valor da causa em Primeiro Grau, fixando como valor da causa a importância correspondente ao débito fiscal que fundamentou o protesto – Falta de recolhimento das custas judiciais complementares pela autora – Valor da causa que não corresponde necessariamente ao valor do título protestado – Acolhimento da preliminar – Possibilidade de julgamento do mérito – Pedido de reconhecimento do direito à compensação de ICMS com precatórios vencidos e não pagos – Inadmissibilidade – Compensação pretendida pela parte que depende de prévia autorização legal – Inteligência do art. 170 CTN – Hipótese não alterada com a edição da EC nº 62/09 – Precedentes – Protesto de Certidão de Dívida Ativa – Expressa autorização legal permitindo o protesto de CDA – Inteligência do disposto no artigo 25 da Lei Federal nº 12.767/12 – Arguição de Inconstitucionalidade do disposto legal rejeitada pelo Órgão Especial – Precedentes do STJ – Recurso provido em parte, com relação ao valor da causa, mantendo-se, entretanto, o decreto de improcedência do pedido.[6]

Vale destacar, por oportuno, que sequer as alterações implementadas pelas Emendas Constitucionais nºs 94/2016 e 99/2017 favorecem a autora, uma vez que, como se dessume da regra do artigo 105, *caput*, do ADCT, o regime de compensação de precatórios instituído por essas Emendas foi limitado aos débitos que tenham sido inscritos até 25 de março de 2015:

"Art. 105. Enquanto viger o regime de pagamento de precatórios previsto no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é facultada aos credores de precatórios, próprios ou de terceiros, a compensação com débitos de natureza tributária ou de outra natureza ***que até 25 de março de 2015 tenham sido inscritos na dívida ativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios****, observados os requisitos definidos em lei própria do ente federado."* (g.n.)

E, no caso concreto, o débito tributário impugnado foi inscrito na dívida

Acesso ao Sumário

5 **STJ**: AgRg no Ag 1189821 PR 2009/0091522-6, Relator **Ministro Hamilton Carvalhido**, j. 17/12/2009.

6 **TJSP**; Apelação nº 1006464-39.2015.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Relator **Des. Antonio Celso Faria**, j. 02/08/2017.

ativa em 27 de abril de 2022 (fls. 105), de modo que não cabe suscitar o poder liberatório instituído pelas respectivas emendas como fundamento para o aceite da garantia.

De outra parte, como bem assinalado na r. sentença, não há indícios de que os juros de mora sobre o débito principal tenham sido cobrados em patamar superior à variação da taxa Selic, mormente porque tal informação não consta da consulta de débito trazida pela autora, bem como porque, tendo em vista a data de sua inscrição em dívida ativa, há presunção de que sobre o referido débito já incidiu a alteração promovida pela Lei nº 16.497/17, no artigo 96, §1º, da Lei nº 6.374/89, estabelecendo que a taxa de juros de mora incidente sobre os débitos de ICMS será a "*taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente*", não havendo, portanto, que se falar em abusividade dos juros de mora cobrados pela Fazenda.

Do mesmo modo, ao contrário do que alega a autora, o valor do débito que pretende compensar está devidamente exposto na petição inicial e na certidão de dívida ativa, não havendo qualquer irregularidade na sua discriminação; inexistindo, ainda, qualquer menção a honorários advocatícios administrativos supostamente exigidos pela Fazenda.

Assim, não havendo qualquer irregularidade na negativa do pedido de compensação formulado pela autora, bem como no título protestado em seu desfavor pelo Fisco, de rigor a manutenção da r. sentença – inclusive em relação aos honorários advocatícios, que devem ser majorados em 1%, em observância ao que dispõe o art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009315-97.2021.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante CAMILA FILPO CURY, é apelado MUNICÍPIO DE BRAGANÇA PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.832)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MULTA/AGLOMERAÇÃO PESSOAS/ COVID.

Pretensão da impetrante de que seja declarado nulo o Auto de Infração de nº 483/2021, o Auto de Imposição de Penalidade de nº 544/2021 e o Processo Administrativo de nº 1.172/2021, bem como que seja suspensa a cobrança da multa no valor de 500 UFESPs (R$ 14.545,00) até decisão final do processo e, em caráter definitivo, a confirmação da liminar – Subsidiariamente, requer a conversão da penalidade de multa em advertência, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – Descrição da infração sanitária praticada que se revelou totalmente vaga, imprecisa e genérica, limitando-se a indicar que houve aglomeração de 15 pessoas, com indevida presunção de "descumprimento das medidas excepcionais restritivas municipais, no combate à disseminação da Covid-19, incorrendo em risco à saúde pública" – Cerceamento de defesa configurado, com violação do disposto no artigo 124 da Lei nº 10.083/90 – Sentença denegatória da segurança reformada.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por Camila Filpo Cury contra ato praticado pela Chefe da Divisão de Vigilância Sanitária, Ana Barbara Regiani de Oliveira, vinculada ao Serviço Municipal de Vigilância Sanitária (VISA), pretendendo, em sede de tutela de urgência, que seja declarado nulo o Auto de Infração de nº 483/2021, o Auto de Imposição de Penalidade de nº 544/2021 e o Processo Administrativo de nº 1.172/2021, bem como que seja suspensa a cobrança da multa no valor de 500 UFESPs (R$ 14.545,00) até decisão final do processo e, em caráter definitivo, a confirmação da liminar. Subsidiariamente, requer a conversão da penalidade de multa em advertência, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A decisão de fls. 89 indeferiu a justiça gratuita à impetrante.

A decisão de fls. 95 indeferiu a liminar.

Da aludida decisão a impetrante interpôs recurso de Agravo de Instrumento (fls. 173/186), a que foi dado provimento, para reformar a r. decisão proferida, a fim de conceder a antecipação dos efeitos da tutela recursal pretendida,

Acesso ao Sumário

no sentido de suspender a exigibilidade do pagamento da multa até decisão final a ser proferida nos autos principais, nos termos do v. acórdão de fls. 199/202.

A r. sentença de fls. 213/217 denegou a ordem pleiteada.

Inconformada, a impetrante interpôs Recurso de Apelação a fls. 221/245.

Alega, em síntese, nulidade do Auto de Infração de nº 483/2021, do Auto de Imposição de Penalidade de nº 544/2021 e do Processo Administrativo de nº 1.172/2021; nulidade pela falta de descrição dos fatos, por violação ao disposto no artigo 124, inciso II, da Lei nº 10.083/98; nulidade pela falta de descrição do local dos fatos, por violação ao mesmo dispositivo legal; nulidade pela falta de identificação do cargo da autoridade sanitária, por violação ao disposto no artigo 124, inciso VI, da Lei nº 10.083/98; nulidade do Auto de Imposição de Penalidade de nº 544/2021 pela ausência de motivação da imposição da penalidade imposta e, por fim, inexistência de conduta irregular da apelante.

Subsidiariamente, requer que a penalidade de multa seja convertida em advertência.

Contrarrazões a fls. 269/276.

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

Com razão a apelante ao sustentar que o Auto de Infração de nº 483/2021 e o Auto de Imposição de Penalidade de nº 544/2021 estão eivados de nulidades insanáveis, pois não estão em consonância com o procedimento previsto no Código Sanitário do Estado (Lei nº 10.083/98) e em Decretos Municipais e Estaduais.

Isso porque não houve indicação de qualquer conduta ilícita por parte da impetrante, sendo os autos impugnados totalmente ilegais e arbitrários, com inequívoca violação ao direito líquido e certo da apelante, devendo-se atentar, ainda, para a desproporcionalidade entre a penalidade imposta e o fato ocorrido.

Da análise do auto de infração, conclui-se que a descrição da infração sanitária praticada revelou-se totalmente vaga, imprecisa e genérica, limitando-se a indicar que houve aglomeração de 15 pessoas, com indevida presunção de "descumprimento das medidas excepcionais restritivas municipais, no combate à disseminação da Covid-19, incorrendo em risco à saúde pública".

Não houve descrição minuciosa dos fatos no momento da fiscalização, nem menção ao uso de máscara de proteção ou aos locais da propriedade onde as pessoas se encontravam, a fim de que fosse possível aferir se cumpriam o devido distanciamento, tendo em vista que se trata de propriedade extensa, com diversos locais de acomodação.

Houve, portanto, evidente cerceamento de defesa, tendo sido violado o disposto no artigo 124, inciso II, da Lei nº 10.083/90, por ausência de descrição

Acesso ao Sumário

dos fatos, bem como do local onde ocorreram, o que conduz à nulidade do processo administrativo.

Ressalte-se, ainda, ser também nulo o auto de imposição de penalidade, uma vez que, para sua fixação, não foram estabelecidos os critérios e motivação acerca de seu valor exorbitante.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para reformar a r. sentença e conceder a segurança, a fim de que a autoridade impetrada reconheça a nulidade do Auto de Infração de nº 483/2021, do Auto de Imposição de Penalidade de nº 544/2021 e do Processo Administrativo de nº 1.172/2021, de modo que não seja exigido o pagamento da multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000452-71.2022.8.26.0341, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LARA GABRIELA ROZAN (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SECRETARIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.713)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO DE IPVA. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. VALOR DO VEÍCULO ACIMA DO LIMITE LEGAL. Benefício limitado a veículos automotores cujo valor não exceda R$ 70.000,00. Isenção nos anos subsequentes. Tabela de veículos usados. Benefício reconhecido na ocasião da aquisição, com base no valor de oferta de veículo novo (2021). Cobrança de IPVA de 2022 com base na tabela de usados. Veículo usado que não pode valer mais do que o novo. Hipótese em que valor nominal a maior decorre de inflação

e de fatores inesperados (pandemia, falta de insumos na indústria automobilística) que não podem impor à pessoa a extinção do benefício fiscal. Presunção de preservação do valor dentro da faixa de isenção. Tabela de usados que tem aplicação quando o beneficiário da isenção adquire veículo usado. Interpretação em contrário colidente com objetivo das leis de proteção à pessoa com deficiência. Verificação anual tão somente da preservação da titularidade do veículo pelo beneficiário da isenção. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Lara Gabriela Rozan** contra ato coator praticado pelo **Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo**, pedindo a concessão de ordem para assegurar à impetrante isenção do IPVA referente ao exercício de 2022.

II. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente e, portanto, negada a ordem para reconhecer o direito à isenção do IPVA em relação ao veículo descrito nos autos. Segundo entendimento da magistrada sentenciante, a valorização ou desvalorização de bens pode ocorrer em razão dos mais diversos fatos econômicos, não podendo os proprietários destes bens utilizar a imprevisibilidade do aumento ou diminuição de seus valores para pleitear isenções fiscais.

III. A impetrante recorreu, alegando, em síntese, que quando da aquisição do veículo, em 2021, este possuía o valor de R$ 65.420,00. Contudo, com a valorização dos veículos no mercado brasileiro, passou a valer, em 2022, R$ 104.898,00, de modo a impedir que a impetrante seja beneficiada com a isenção do IPVA, vez que conforme disciplinado pelo Confaz, apenas os veículos de até R$ 70.000,00 poderão ser objeto da referida isenção. Argumenta, enfim, que a não concessão de isenção para a impetrante viola o princípio da dignidade humana, bem como a garantia do direito adquirido.

IV. Houve apresentação de contrarrazões. (fl. 190/194)

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de mandado de segurança impetrado por Lara Rozan contra ato coator praticado pelo Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, consistente em exigir o pagamento de IPVA referente a veículo de propriedade da autora que é pessoa com deficiência – apresenta diagnóstico de autismo – já beneficiada pela isenção do referido tributo.

A impetrante explica que no ano de 2021, adquiriu um carro no valor de R$ 65.420,00, conforme faz prova a nota fiscal nº 002267049, devidamente jun-

Acesso ao Sumário

tada aos autos. Diante disso e, nos termos da legislação estadual, foi concedido pela Fazenda Estadual o benefício da isenção de ICMS e IPVA incidentes sobre a aquisição e propriedade do referido veículo automotor.

Ocorre que no ano de 2022, a impetrante foi surpreendida com a cobrança de IPVA, sob o fundamento de que segundo a tabela FIPE, o valor do veículo passou a ser de R$ 104.898,00 – em decorrência da valorização dos carros no mercado brasileiro.

Alega que não pode ser cobrado referido tributo, pois na condição de pessoa com deficiência, tem direito à isenção, sendo certo que no momento da aquisição do bem, o veículo cumpria todos os requisitos legais. Considerando, ainda, que a impetrante é obrigada a permanecer com o carro por quatro anos, entende ser indevida a cobrança do referido tributo.

Em primeiro grau, conforme relatado, o pedido foi julgado improcedente, pois no entender da magistrada *a quo*, a substancial valorização sofrida pelo veículo da impetrante fez com que ela não mais fizesse jus à isenção de IPVA, uma vez que o veículo que foi adquirido por R$ 65.420,00 passou a valor R$ 104.898,00.

Além disso, consignou que a valorização ou desvalorização de bens pode ocorrer em razão dos mais diversos fatos econômicos, não podendo os proprietários destes bens utilizar a imprevisibilidade do aumento ou diminuição de seus valores para pleitear isenções fiscais.

E, por fim, concluiu:

> Como se vê, a impetrante não se enquadra na regra que prevê a isenção ora reclamada, visto que em 1º de janeiro de 2022 não mais gozava de direito à pretendida isenção tributária, porque o valor do veículo superou o teto de R$ 70.000,00.

A sentença deve ser reformada.

Conforme exposto na sentença, a Lei Estadual nº 13.296/2008, que estabelece o tratamento tributário do IPVA no Estado de São Paulo, fez previsão da concessão de isenção do referido tributo em seu artigo 13, nos seguintes termos:

> **Artigo 13-A** - Fica assegurado o direito à isenção do IPVA para um único veículo de propriedade de pessoa portadora de transtorno do espectro do autismo em grau moderado, grave ou gravíssimo, ou com deficiência física, sensorial, intelectual ou mental, moderada, grave ou gravíssima, ou de seu representante legal, na forma e nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.
>
> § 1º - A concessão do direito de que trata o "caput" deste artigo fica condicionada à comprovação do grau moderado, grave ou gravíssimo de deficiência ou de transtorno do espectro do autismo, aferido em avaliação biopsicossocial, realizada, para esse fim, por equipe multiprofissional e interdisciplinar, de acordo com instrumentos previstos em ato do Poder

Acesso ao Sumário

Executivo, devendo a avaliação considerar:

(...)

§ 4º - A isenção aplica-se:

1 - a veículo:

a) novo, cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior ao previsto em convênio para a isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas saídas destinadas a pessoas com deficiência, observado o limite de valor da isenção concedida ao ICMS;

b) usado, cujo valor de mercado constante da tabela de que trata o § 1º do artigo 7º desta lei não seja superior ao previsto no convênio mencionado na alínea "a" deste item, observado o limite de valor da isenção concedida ao ICMS;

2 - somente aos veículos em situação regular, na data da ocorrência do fato gerador, quanto às obrigações relativas ao registro e licenciamento;

3 - às hipóteses de arrendamento mercantil.

§ 5º - O veículo objeto da isenção deverá ser conduzido pelo beneficiário, por seu tutor ou curador, ou por terceiro devidamente autorizado por um deles, na forma e condições estabelecidas em ato do Poder Executivo.

§ 6º - Detectada fraude na obtenção da isenção, o valor do imposto, com os respectivos acréscimos legais e relativo a todos os exercícios isentados, será cobrado do beneficiário ou da pessoa que tenha apresentado declaração falsa em qualquer documento utilizado no processo de concessão da isenção.

§ 7º - As isenções concedidas, especialmente aquelas que forem objeto de denúncia de fraude, serão auditadas na forma e condições estabelecidas em ato do Poder Executivo. (NR)

O Convênio ICMS nº 38/2012 estabelece na cláusula primeira, §2º que o *benefício previsto nesta cláusula somente se aplica a veículo automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior a R$ 70.000,00 (setenta mil reais).*

Importante destacar, ainda, que nos termos do Decreto nº 65.259/20:

nos primeiros 4 (quatro) anos, contados da data da aquisição, o veículo não poderá ser alienado sem autorização do fisco (Convênio ICMS 50/18)." (NR);

Como se vê, pela legislação em vigor, a pessoa com deficiência pode ser beneficiada pela isenção de ICMS e IPVA na aquisição e propriedade de veículo automotor, desde que preencha os requisitos acima apresentados. Para além disso, a legislação ainda impede que a pessoa beneficiada pela isenção de ICMS promova a alienação do veículo pelo prazo de 4 (quatro) anos, exceto se

Acesso ao Sumário

autorizada pelo Fisco.

Na hipótese, a impetrante preencheu todas as exigências legais para fazer jus tanto à isenção de ICMS quanto de IPVA, tendo realizado a aquisição de veículo automotor no ano de 2021, pelo valor de R$ 65.420,00, portanto, abaixo do teto legal.

Contudo, como já relatado, foi a impetrante foi surpreendida pela cobrança do IPVA de 2022, uma vez que em razão da valorização dos veículos usados no Brasil, seu carro passou a valer mais de R$ 100 mil reais.

Entendo que uma interpretação sistemática da legislação em vigor nos leva à conclusão de que a exigência do IPVA de 2022 é ilegítima.

Muito embora as normas tributárias que veiculam isenções devam ser interpretadas literalmente (art. 110, CTN), não é possível desconsiderar sua finalidade e as demais normas jurídicas que com ela se relacionam.

Como se sabe, a finalidade da norma que prevê isenção de ICMS e IPVA para pessoas com deficiência mental é a de, em cumprimento aos ditames constitucionais e legais[7], promover igualdade material e garantir a estes indivíduos uma vida digna.

Assim, o Estado facilita a aquisição e a propriedade de veículos automotores, para que pessoas com deficiência possam se locomover em segurança e conforto.

Trata-se, como já afirmado, de garantir a elas um tratamento digno.

Ao mesmo tempo, a lei exige contraprestações a estas pessoas, tais como a de permanecer com o veículo automotor por, ao menos, 4 (quatro) anos.

A exigência legal, por sua vez, é razoável e busca evitar abusos no exercício deste direito.

Nesse contexto, entendo que a decisão administrativa de exigir o IPVA de 2022 da impetrante é abusiva.

Notem que segundo a lei aplicável, para que a autora fizesse jus a ambas as isenções, deveria adquirir veículo novo de até R$ 70.000,00.

E assim ela fez.

Esperava-se que com o passar do tempo, o veículo antes adquirido por R$ 65.420,00, viesse a perder valor, já que todos sabemos que os veículos novos desvalorizam assim que retirados da concessionária.

No entanto, a impetrante, como boa parte da população, foi surpreendida por uma grande e inesperada valorização dos carros usados no mercado nacional, de modo que seu veículo não perdeu, mas ganhou valor.

Sabe-se que esta valorização dos carros usados não representa necessa-

Acesso ao Sumário

7 Art. 5º da Constituição Federal; Lei Brasileira de Inclusão; Convenção de Nova York, ratificada com status de norma constitucional pelo Brasil.

riamente um enriquecimento por parte da impetrante e, menos ainda, uma vantagem indevida da qual pretendeu fazer proveito.

Ao contrário!!

É, em regra, esperado que um veículo, comprado novo em 2021 venha a desvalorizar-se com o passar do tempo, de modo que era impossível imaginar que, passado um ano, o valor do carro tenha superado o limite legal.

Acrescente-se que, sem dúvida, parte da distorção é causada pelo Estado que não atualiza o limite legal, o qual vai sendo consumido pela inflação, ano a ano.

Vejam que a impetrante encontra-se, assim, numa verdadeira armadilha fiscal, pois ao mesmo tempo em que é impedida de vender seu carro por expressa proibição legal, vem a ser tributada inesperadamente, pois acreditou que ao adquirir veículo novo em valor inferior ao estabelecido pelo Convênio Confaz, não teria de se preocupar com eventual (e, repito, inesperada) valorização do seu bem.

Desse modo, muito embora sejamos levados a crer que o preço do veículo usado deva ser verificado ano a ano, pelas tabelas de mercado, na aferição da isenção de IPVA, esta não parece ser a melhor interpretação da lei.

Via de regra, o veículo comprado novo com valor inferior a 70 mil reais apresentará valores ainda menores a cada ano, na condição de usado. Assim, a isenção obtida inicialmente deve ser preservada nos anos subsequentes enquanto o veículo permanecer em mãos do beneficiário.

Se o beneficiário da isenção se ateve ao limite legal na compra, é razoável supor que a isenção deva ser mantida e que a única verificação a fazer é se o beneficiário ainda é o proprietário.

Perfeitamente possível aplicar a presunção de que um bem de consumo como automóvel não pode ter ganho real de valor à medida que se torna usado. Se há, eventualmente, aumento nominal de valor, de valorização real não se trata, mas de corrosão do poder de compra da moeda ou de efeito de eventos imprevisíveis (pandemia, falta de insumos na indústria automobilística, etc.) não imputáveis ao beneficiário.

Não é concebível que o veículo isento se torne tributável por simples ação da inflação ou, ainda, porque num contexto absolutamente imprevisível, os preços dos veículos usados passaram a ter altas de mais de 20%.

Não se trata aqui de promover uma interpretação alargada da norma isentiva, mas ao contrário, de dar a ela o sentido adequado à sua finalidade, ao contexto fático no qual vai atuar e, por fim, em observância à necessária harmonia do ordenamento jurídico.

Como já afirmado, a finalidade da norma isentiva é a de promover a dig-

Acesso ao Sumário

nidade de pessoas com doenças mentais e de facilitar a sua locomoção. Ao conceder o benefício da isenção no ato de aquisição do bem e, no ano seguinte, suspendê-lo com base na valorização (inesperada) deste bem, o Fisco atenta contra a própria razão de ser da norma por ele mesmo criada.

Portanto, entendo que tendo sido verificados os requisitos legais no momento em que realizada a compra do veículo, não poderia o Fisco, sob a alegação de valorização deste bem, suspender o benefício fiscal, em especial se considerarmos a impossibilidade da autora de promover a venda deste mesmo bem pelo prazo de 4 (quatro anos).

Por essas razões, entendo que o caso é de provimento do recurso, concedendo a ordem inicialmente requerida, a fim de determinar ao Fisco que se abstenha de exigir o pagamento do IPVA referente ao exercício de 2022.

Daí o porquê, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0168611-09.2006.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelado TADEU DE ANDRADE GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.320)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e CYRO BONILHA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Acidente do Trabalho – Execução – Controvérsia a respeito da possibilidade de incidência de juros moratórios após a data da elaboração da conta original – Admissibilidade, diante da recente decisão do Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário, com repercussão geral, nº 579.431.

Acidente do Trabalho – Execução – Diferenças de precatório – Conta inicial elaborada em abril de

2004 – Depósito efetuado em agosto de 2005 – Índice de correção **– IGP-DI até o mês de julho de cada ano, conforme jurisprudência da época – IPCA-E após a data da inscrição.**

Dou parcial provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO.

Apelação do INSS contra r. sentença de fls. 21/23 que julgou improcedentes os embargos à execução.

A autarquia sustenta que os precatórios pagos a partir do exercício de 1999, como no presente caso, devem ser atualizados conforme a variação da UFIR/IPCA-E (Lei nº 10.266/2001). Afirma, também, serem indevidos juros de mora, vez que o pagamento foi efetivado dentro do prazo constitucional (fls. 26/27).

Contrarrazões às fls. 32/35.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Cuida-se de ação acidentária em fase de execução, na qual já houve depósito do valor inscrito em precatório (pagamento efetuado em agosto de 2005).

O exequente alegou a existência de saldo remanescente, apresentando cálculo (fl. 210, do apenso), no qual fez incidir juros moratórios até a data da inscrição do precatório (julho de 2004) e o índice do IGP-DI até o depósito.

No que diz respeito ao período de cômputo dos juros moratórios, vale esclarecer que, em 19 de abril de 2017, o E. Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pelo cabimento de juros moratórios no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e a expedição do ofício precatório, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 579.431, com repercussão geral reconhecida.

Portanto, nesse aspecto, nada a ser modificado na r. decisão agravada.

Por fim, no tocante à atualização monetária, observo, de proêmio, que a execução teve início com um demonstrativo elaborado pelo exequente, em abril de 2004 (fls. 186/187, do apenso), referente às parcelas em atraso e que recebeu a concordância do devedor (fl. 192, do apenso).

O depósito foi efetivado no mês de agosto de 2005 (fl. 204, do apenso), com precatório inscrito em julho de 2004 (fl. 198, do apenso).

Considerando a época do pagamento, a jurisprudência deste Tribunal se inclinava para a aplicação do IPCA-E após a inscrição do precatório, conforme diretrizes da Lei Orçamentária.

Nesse sentido, julgamento proferido nos autos do Agravo de Instrumen-

Acesso ao Sumário

to nº 0068479-41.2006 (antigo nº 586595.5/7-00), de Relatoria do Exmo. Des. Oswaldo Cecara, em 13.03.2007:

> *ACIDENTE DO TRABALHO – EXECUÇÃO – CÁLCULO DE DIFERENÇAS – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – UFIR – INAPLICABILIDADE – IGP-DI ATÉ A INSCRIÇÃO DO PRECATÓRIO – APÓS, IPCA-E – LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS. (...) Por outro lado, esta Câmara tem decidido que, para atualização do precatório, adota-se o IGP-DI, desde a data da conta da liquidação até a inscrição do mesmo e, a partir daí, inicia-se um novo procedimento, aplicando-se o IPCA-E, conforme a Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 23 da Lei nº 10.266/01; art. 25 da Lei nº 10.524/02; art. 23 da Lei nº 10.707/03 e art. 25 da Lei nº 10.934/04)."* (destaquei)

Ao que consta do cálculo referente ao saldo remanescente, elaborado pelo credor (fl. 210, do apenso), o índice do IGP-DI foi aplicado desde o mês seguinte ao da conta inicial até a data do depósito, parâmetro que, consoante a jurisprudência acima transcrita, se mostra incorreto.

Assim, forçoso dar-se parcial provimento ao presente recurso, para que o índice do IPCA-E seja aplicado desde a data da inscrição do precatório.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0008771-13.2014.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER, são apelados PAULO CESAR CARBONATO, GLEICE CARBONATTO, BIANCA REGINA CARBONATO, VALDIR BASSAN, JANAINA MARCELI FRONER CARBIONATO e LUCIANO FRANCISCONI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "readequaram o Acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.063)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE

DESAPROPRIAÇÃO. READEQUAÇÃO DE JULGADO. 1. JUROS COMPENSATÓRIOS – Entendimento firmado no julgamento do RE nº 1.118.103/SP – Tema n. 211 - fixou tese segundo a qual os juros compensatórios somente incidem até a data de expedição do precatório original. 2. JUROS MORATÓRIOS. No julgamento do mesmo Recurso Especial, editou-se o Tema 210 que determina a incidência de juros moratórios a partir de 1º de Janeiro do exercício seguinte ao que o pagamento deveria ser feito. V. Acórdão modificado.

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação em que o V. Acórdão de fls. 332/344 negou provimento ao recurso, pois entendeu que o valor fixado a título de indenização estava correto.

O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

Os autos retornaram para readequação do julgado – REsp nº 1.111.829/SP (fls. 468/469).

É o relatório.

O V. Acórdão desta C. Turma Julgadora deve ser modificado.

Os juros compensatórios comportam ajustes necessários, diante do decidido no Tema 211, em que se reconheceu a incidência somente até a expedição do precatório original.

Neste sentido, é o recente posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça:

> Os juros compensatórios, em desapropriação, somente incidem até a data da expedição do precatório original (...), não havendo hipótese de cumulação de juros moratórios com juros compensatórios.

No que tange aos juros moratórios, o V. Acórdão também merece modificação, pois devem incidir a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deve ser feito, conforme decidido no Tema 210:

> O termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Pelo exposto, **merece adequação** o V. Acórdão proferido pela Turma Julgadora desta C. 5ª Câmara de Direito Público.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e cons-

Acesso ao Sumário

titucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min. Herman Benjamim, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0502996-61.2006.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelado CONSULT. TRANSPORTES GERAIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª 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 18.119)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 8 de dezembro de 2022.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – Município de São Bernardo do Campo – Sentença que extinguiu a execução fiscal por nulidade dos títulos executivos – Nulidade das CDA´s – Descumprimento dos requisitos exigidos pelo artigo 2º, § 5º, da Lei 6830/80 – Ausência de indicação da fundamentação legal do tributo – Violação do direito à ampla defesa – Possibilidade de substituição dos títulos executivos para regularização da cobrança – Aplicação do § 8º do artigo 2º do mesmo diploma legal e da Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça – Sentença reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO** em face da sentença que extinguiu a execução fiscal por ela ajuizada contra **CONSUL TRANSPORTES GERAIS LTDA**. com fundamento na nulidade dos títulos executivos pela ausência

de higidez, nos termos do artigo 924, inciso I, do Código de Processo Civil.

A Municipalidade de São Bernardo do Campo sustenta, em resumo, a validade dos títulos executivos na sua totalidade, pois preenchem os requisitos previstos no artigo 202 do Código Tributário Nacional e, em caso de vício sanável, o parágrafo 8º do artigo 2º da Lei 6.830/80 permite substituí-los até decisão final de primeira instância. Requer o provimento do apelo, para possibilitar a oportunidade de substituição das CDA´s, prosseguindo a execução fiscal.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Recurso tempestivo e isento de preparo, nos termos do artigo 1007, § 1º do CPC.

É O RELATÓRIO.

A sentença comporta reforma.

Extrai-se do artigo 3º da Lei Federal 6.830/80 e artigo 204 do Código Tributário Nacional que a Certidão de Dívida Ativa é título veiculador de obrigação presumidamente líquida, certa e exigível, de modo que o título não precisa vir acompanhado de comprovante de seu fato gerador para prestigiar os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Referida presunção é, no entanto, relativa, podendo ser elidida nos casos em que o executado for privado do seu direito de defesa, cabendo a ele, ou a terceiro interessado, o ônus da prova, consoante indicação precisa do parágrafo único do artigo 3º da Lei de Execução Fiscal, que repete o disposto no sobredito artigo 204 do CTN, seguintes termos: "*Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova* ***inequívoca****, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite*".

O inciso III do artigo 202 do CTN preceitua que o termo de inscrição da dívida ativa deverá conter, obrigatoriamente, dentre outros requisitos, "a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado".

A inexistência ou inadequação de qualquer dos elementos exigidos por lei pode acarretar a nulidade, tanto do termo de inscrição, como da Certidão de Dívida Ativa, como no caso dos autos, em que o direito de defesa da parte executada poderia restar prejudicado em razão da ausência de indicação da fundamentação legal da cobrança.

No entanto, em se tratando de erro formal, deve ser possibilitada à exequente a substituição ou emenda do título para supressão do defeito constante do título executivo, haja vista se tratar de erro passível de aplicação da Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos: "*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,*

Acesso ao Sumário

vedada a modificação do sujeito passivo da execução".

O STJ tem firme entendimento de que não é possível, mesmo em face de nulidade da CDA, a extinção do processo executivo sem que antes a exequente tenha a possibilidade de emendar ou substituir o título, como no caso dos autos, em que o feito foi extinto de ofício.

Nesse sentido, os seguintes julgados: "*Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título*". (REsp 865.643/RS, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 20/11/2007, DJ 30/11/2007, p. 424).

> "*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. 1. "Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exeqüente a oportunidade de emenda ou substituição do título*" (RESP 832.075/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2006). 2. Recurso especial a que se dá parcial provimento." (REsp 897.357/RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 06/02/2007, DJ 22/02/2007, p. 173).

Levando-se em conta as considerações acima e analisando o caso *sub judice*, observa-se que a maneira como foram elaboradas as CDA's compromete a sua essência, pois carecem da fundamentação legal.

Dessa forma, impõe-se a reforma da sentença, para que seja dada a oportunidade para a Fazenda Municipal providenciar a emenda ou a substituição dos títulos executivos suprindo as irregularidades ali mencionadas, possibilitando o correto prosseguimento da execução fiscal.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, nos termos do voto.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025915-05.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JANDERSON REIS DOS SANTOS RIBEIRO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

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 39.636)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES e SOUZA NERY.

São Paulo, 8 de dezembro de 2022.
EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Mandado de segurança. Professor de Educação Básica II. Contratação temporária. Lei Complementar Estadual 1093/2009. Denúncias de assédio sexual a alunas. Contrato suspenso. Lei Estadual 10177/1998 e Lei Complementar Estadual 1093/2009, artigo 10. Laudo psicológico minucioso elaborado por médico do impetrante apontou perfil neuropsicológico com características comuns ao Transtorno do Espectro Autista - TEA, sem comprometimento intelectual, porém com moderado acometimento da linguagem pragmática, além de relatório e atestado. Não demonstrada incapacidade para entender o caráter ilícito da conduta e de se determinar de acordo com esse entendimento. Necessidade de dilação probatória que a via mandamental não comporta. Revolta dos alunos que se organizavam para agredir o professor. Afastamento preventivo com amparo em Lei Estadual 10261/1968, artigo 266, I e II. Sem ilegalidade ou abuso de poder. Remuneração igualmente suspensa. Consequência legal. Remuneração condicionada à atribuição de aulas, que não se faz a professor suspenso. Lei Complementar Estadual 1093/2009, artigo 7º, § 2º. Precedentes deste Tribunal. Sem evidência de ofensa a direito líquido e certo. Segurança denegada. Recurso não provido.

VOTO

Sentença, proferida em 01 de agosto de 2022, pela eminente magistrada, Doutora Luísa Helena Carvalho Pita, denegou ordem de segurança postulada por professor de educação básica II - PEB II, admitido pela Lei Complementar 1093/2009, temporário categoria "O", pela nulidade do ato administrativo que determinou a suspensão do contrato, com restabelecimento da situação funcional anterior, ou pela permanência dos vencimentos até o final do procedimento administrativo e pelo imediato acesso ao teor das acusações e ao procedimento instaurado, tendo determinado a remessa de cópias à Polícia Civil e ao Ministério Público para apuração das medidas legais cabíveis em razão da gravidade dos fatos narrados, embargos de declaração parcialmente acolhidos para corrigir

omissão, sem efeito modificativo, fls. 130/134 e 149/151.

Apelação do autor pela inversão do resultado, alegando ser portador de TEA - Transtorno do Espectro Autista e por essa razão tem dificuldade no convívio social; seu contrato foi suspenso em 11 de março de 2022, por apresentar condutas inadequadas, sem que tenha tido conhecimento dos motivos; postulou na esfera administrativa, acesso à acusação e às imagens das câmeras de segurança da escola, para poder exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, mas sem sucesso; em razão da suspensão do contrato de trabalho foi impedido de exercer a docência e afastado do trabalho sem remuneração; que o contrato somente poderia ser suspenso por mais de noventa dias após decisão final em regular processo administrativo; que a pena já dura mais de seis meses; que, pelo fato de ser autista, chega muito próximo das pessoas para conversar, e que, por vezes, esbarra nas pessoas, o que foi percebido pelos próprios colegas, professores, comportamento geral, inclusive com professores e alunos homens, mas que alunas interpretaram, de forma equivocada, como assédio sexual.

Ainda, que tem dificuldade de olhar diretamente para seu interlocutor e possui o olhar perdido enquanto fala, o que pode ser confundido como olhar libidinoso. Cita dispositivos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo e descumprimento de obrigação legal ou contratual do professor, que viabilizaria sua demissão, nos termos do artigo 8º, IV, e § 3º, da Lei Complementar 1093/2009. Foi afastado de seu cargo antes mesmo da instauração de procedimento de apuração prévia, tendo sua remuneração suspensa desde o primeiro momento em que recebida a denúncia de suposta conduta inadequada, baseando, a sanção administrativa, apenas em relatório elaborado com base na acusação, sem qualquer chance de defesa do professor. Está afastado do cargo desde 10 de março de 2022, sem a conclusão do procedimento de extinção do contrato.

Recurso respondido, com manifestação da douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento.

É o relatório.

Portaria da Dirigente Regional de Ensino de 30-03-2022 designou Comissão para efetuar apuração preliminar acerca da denúncia sobre conduta inadequada do professor Janderson Reis dos Santos Ribeiro, categoria "O", com algumas alunas dos anos em que o professor leciona, fls. 24.

Em 28-03-2022 despacho da Dirigente Regional de Ensino, considerando fatos ocorridos e o contido em denúncia apresentada e ser função essencial da Administração garantir a integridade física e moral dos alunos, determinou, nos termos da Lei Estadual 10177/1998 c/c artigo 10 da Lei Complementar Estadual 1093/2009, a suspensão dos direitos e obrigações decorrentes da contratação para função docente do impetrante, permanecendo em interrupção de exercício

de sua carga horária de trabalho, a partir de 11-03-2022, até a decisão final do procedimento de extinção contratual previsto no inciso IV do artigo 8º da Lei Complementar 1093/2009, fls. 25.

Postulou o impetrante acesso às câmeras da escola, deferido assistir, na presença de seu advogado, com impedimento a manifestação fls. 26 e 28.

Atestado médico de 29-11-2021, com declaração de que o impetrante faz tratamento psiquiátrico ambulatorial devido a hipótese diagnóstica de F84.5 – Síndrome de Asperger e F41.1 – ansiedade generalizada. Consta, ainda, que o paciente apresenta dificuldades com a socialização, interesses restritos e rigidez em sua rotina, fazendo uso de sertralina, orientado iniciar seguimento psicológico e em terapia ocupacional, sem previsão de alta médica, fls. 30.

Relatório médico de neurologia que assiste o impetrante, de 21-05-2022, atesta paciente com diagnóstico clínico e posteriormente neuropsicológico de Transtorno do Espectro Autista (CID 6ª02.5; CID 10 F84.5) além de ansiedade generalizada (F41.11). Ainda, fls. 31:

Está com dificuldades para adequação para atividades laborais, com necessidade de inclusão, levando em consideração as dificuldades de interação social e por vezes apresenta respostas inadequadas a situações, o que é considerado esperado para sua condição, porém frequentemente é mal interpretado. Saliento também que tais informações constam em relatório com teste neuropsicológico. Paciente em acompanhamento, iniciará terapia cognitivo-comportamental, terapia ocupacional e otimização do tratamento para ansiedade.

Apresentou também laudo psicológico baseado em avaliação neuropsicológica, minucioso, que apontou perfil neuropsicológico com características comuns ao TEA (Transtorno do Espectro Autista) sem comprometimento intelectual, porém com moderado acometimento da linguagem pragmática, fls. 32/38.

Informações prestadas pela Secretaria da Educação, Assistência Técnica Ribeirão Preto, aponta que algumas alunas relataram que o professor havia passado a mão nelas, que mais ou menos vinte meninas foram até a porta da direção da escola para falar sobre o acontecido, relatando que o professor fica muito perto e elas se sentem incomodadas e apenas três relataram por escrito. Uma das alunas relatou que em uma aula na sala de informática, o professor ficava olhando para seu decote e que teria esbarrado em seus seios na hora de pegar o mouse, perguntada pelo diretor se foi acidental ou intencional, disse que achava ser intencional, ainda, fls. 104 e 119/120 e 125/127:

(...) A mesma aluna relatou que ele ficava muito perto do rosto dela para falar e quanto mais ela se afastava, mais ele vinha se aproximando dela.

Outra menina relatou que quando ele vai explicar a matéria, ele vai individualmente nas carteiras e fica batendo a coxa nas meninas. Uma delas relatou que, em uma ocasião, ele colocou a mão na coxa dela.

Outra relatou que ele já pegou na cintura dela e colocou a mão perto do

Acesso ao Sumário

seio, por trás.

Suspensão do contrato fundamentada na Lei Estadual 10177/1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, e nos seguintes dispositivos da Lei Complementar Estadual 1093/2009, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado:

Artigo 10 - O contratado nos termos desta lei complementar está sujeito aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades previstos na Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, aplicando-se aos docentes, subsidiariamente, as disposições da Lei complementar nº 444, de 27 de dezembro de 1985.

Artigo 8º - O contrato celebrado com fundamento nesta lei complementar extinguir-se-á antes do término de sua vigência:

IV - por descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte do contratado;

As partes celebraram contrato por tempo determinado, regido pela Lei Complementar Estadual 1093/2009, sem data prevista para término, havendo limitação legal de prazo máximo de três anos para função docente, prorrogado até último dia do ano letivo:

Artigo 7º - A contratação será efetuada pelo tempo estritamente necessário para atender às hipóteses previstas nesta lei complementar, observada a existência de recursos financeiros e o prazo máximo de 12 (doze) meses.

§ 1º - A contratação para o exercício de função docente terá o prazo máximo de 3 (três) anos e poderá ser prorrogada até o último dia letivo do ano em que findar esse prazo.

Admite-se extinção do contrato antes do prazo por justa causa, com oportunidade de defesa, sem indenização, ou por conveniência da Administração Pública, neste caso com pagamento de indenização equivalente a uma vez o valor da remuneração mensal:

Artigo 8º - O contrato celebrado com fundamento nesta lei complementar extinguir-se-á antes do término de sua vigência: (...) IV - por descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte do contratado; (...) VIII - por conveniência da Administração. 1º - A extinção do contrato com fundamento nos incisos I a VII deste artigo far-se- á sem direito a indenização. § 2º - A extinção do contrato com fundamento no inciso VIII deste artigo implicará o pagamento ao contratado de indenização correspondente a 1 (uma) vez o valor da remuneração mensal fixada no contrato, ou, quando for o caso, da média mensal da remuneração fixada no contrato, até o advento da extinção. § 3º - Na hipótese do inciso IV deste artigo, previamente ao ato que rescindir o contrato, será assegurada ao contratado a faculdade de exercer o direito de defesa, no prazo de 3 (três) dias úteis, devendo o procedimento ser concluído dentro de 10 (dez) dias contados da data do protocolo das razões de defesa ou do decurso do prazo para apresentá-las.

Acesso ao Sumário

Dispõe, ainda, a Lei Estadual Complementar:

Artigo 4º - Para ser contratado, o candidato deverá preencher as seguintes condições:

V - ter boa conduta.

Note-se que o artigo 8º, § 3º, da Lei Complementar, exige procedimento com oportunidade de defesa e posterior decisão administrativa, o que não consta ter ocorrido, momento em que caberia analisar as alegações do contratado.

Ocorre que as denúncias que pesam contra o professor são graves, e de diversas alunas, constando que teve conhecimento das acusações, tanto que em sede judicial, apresentou sua defesa. As denúncias demonstram má conduta do professor, infringindo o artigo 4º, V, da Lei Complementar.

Como ressaltou a sentença recorrida, fls. 132:

Ora, os fatos narrados, em tese, constituíram gravíssima violação da obrigação de "ter boa conduta", previsto no citado artigo 4º, IV, da LCE 1.093/09, de modo que a instauração de procedimento de apuração prévia com interrupção das funções do impetrante era dever da autoridade impetrada, que portanto agiu de forma lícita e sem qualquer abuso de poder.

Ademais, asseverou a Secretaria de Educação que a medida foi determinada, tanto para preservação das alunas, diante do comportamento do impetrante, de assédio sexual, como para preservação da integridade física do próprio Docente, em razão da revolta que sua conduta causou no ambiente escolar (há relato de que os alunos estavam se organizando para agredir o Professor), fls. 106.

E fundamentou o afastamento preventivo no artigo 266, I e II, da Lei Estadual 10261/1968, Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo:

Artigo 266 - Determinada a instauração de sindicância ou processo administrativo, ou no seu curso, havendo conveniência para a instrução ou para o serviço, poderá o Chefe de Gabinete, por despacho fundamentado, ordenar as seguintes providências: (NR).

I - afastamento preventivo do servidor, quando o recomendar a moralidade administrativa ou a apuração do fato, sem prejuízo de vencimentos ou vantagens, até 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis uma única vez por igual período; (NR)

Embora não seja servidor público estatutário, a situação específica do impetrante autoriza o afastamento preventivo do professor, diante da possibilidade da ocorrência de fatos mais graves, inclusive para sua própria proteção.

Os documentos apresentados pelo impetrante apontam ser portador de Transtorno do Espectro Autista - TEA, contudo, não comprovam que a deficiência impede a sua capacidade ou não de entendimento de sua conduta, o que demandaria exame pericial, dilação probatória que a via mandamental não comporta.

Acesso ao Sumário

Professor temporário com remuneração condicionada à atribuição de aulas, sustada com a sua suspensão, conforme Lei Complementar Estadual 1093/2009, que rege o contrato do impetrante:

Artigo 7º - A contratação será efetuada pelo tempo estritamente necessário para atender às hipóteses previstas nesta lei complementar, observada a existência de recursos financeiros e o prazo máximo de 12 (doze) meses. (NR)

§ 1º - A contratação para o exercício de função docente terá o prazo máximo de 3 (três) anos e poderá ser prorrogada até o último dia letivo do ano em que findar esse prazo. (NR)

§ 2º - Os direitos e obrigações decorrentes da contratação para função docente ficarão suspensos sempre que ao contratado não forem atribuídas aulas. (***NR)***

§ 3º - Findo o prazo de vigência, o contrato estará *automaticamente extinto. (NR)*

Portanto, sem atribuição de aulas, não é devida a remuneração, como já decidiu esta Corte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE REMUNERAÇÃO MENSAL DOS PROFESSORES EVENTUAIS E TEMPORÁRIOS DURANTE A PANDEMIA (COVID-19). Não cabimento. Docentes da categoria "O" que têm seus vencimentos condicionados à atribuição de aulas e à carga horária contratada e professores das categorias "V" e "S" que são contratados eventualmente, em substituição por ausência pontual do professor efetivo, e, neste caso, recebem por aula ministrada. Remuneração que está vinculada à efetiva atribuição de aulas, de modo que, na ausência da aula ministrada não há qualquer ilegalidade na opção adotada pelo Estado de suspender as atividades no ensino oficial e os respectivos pagamentos. Sentença mantida. Apelo não provido (Apelação Cível 1022111-98.2020.8.26.0053; Relator: Spoladore Dominguez; 13ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 02/02/2022; Data de Registro: 02/02/2022).

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORA ESTADUAL TEMPORÁRIA. Pretensão à anulação da decisão administrativa que suspendeu o seu contrato temporário e indeferiu o pedido de percepção dos vencimentos integrais durante o período de afastamento para concorrer ao cargo de vereador nas eleições municipais de 2.020. Sentença de denegação da ordem. Pleito de reforma da sentença. Não Cabimento. Apelante que foi contratada em regime especial de servidores temporários.

Inaplicabilidade do art. 1º, II, "I", da Lei Com. Fed. nº 64, de 15/05/1.990 aos servidores temporários, tendo em vista a sua natureza de atender a necessidade de excepcional interesse público. Percepção dos vencimentos integrais devidos somente aos servidores/empregados públicos que ocupam cargo, emprego ou função atividade de modo permanente na Administração Pública. Art. 7, §2º, da Lei Com. Est. nº 1.093, de 16/06/2.009, determina que os direitos e obrigações da apelante ficarão suspensos sempre que não forem atribuídas

Acesso ao Sumário

aulas. Precedentes do STJ e deste TJ/SP. Sentença mantida. APELAÇÃO não provida (Apelação Cível 1005004-16.2020.8.26.0126; Relator: Kleber Leyser de Aquino; 3ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/11/2021; Data de Registro: 05/11/2021).

Portanto, sem evidência de violação a direito líquido e certo do impetrante.

Mantendo, pois, a denegação da segurança, por estes e pelos seus próprios fundamentos, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004259-95.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARTA REGINA DE OLIVEIRA CHAGAS, é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.677)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 12 de dezembro de 2022.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO – POLICIAL MILITAR – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA PENSÃO POR MORTE – EXTINÇÃO – UNIÃO ESTÁVEL MANTIDA PELA RESPECTIVA BENEFICIÁRIA COM TERCEIRO – MÁ-FÉ – PRETENSÃO AO RESTABELECIMENTO DO REFERIDO BENEFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE. 1. Verificar-se

Acesso ao Sumário

-á o direito à concessão do benefício previdenciário da Pensão por Morte, nos termos da legislação específica que estiver em vigor na data do óbito do respectivo instituidor (Súmula nº 340, da jurisprudência dominante e reiterada do C. STJ. 2. O óbito do servidor público, na hipótese em apreço, ocorreu em 27.10.73, na vigência do Decreto Estadual nº 34.438/58. 3. União Estável, mantida pela parte autora com terceiro, devidamente comprovada e não comunicada ao Instituto Previdenciário. 4. Má-fé, caracterizada. 5. Possibilidade de extinção do benefício previdenciário, em razão da instituição e manutenção de união estável, reconhecida. 6. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. 7. Arbitramento dos honorários advocatícios recursais, a título de observação, em favor da parte vencedora, com fundamento no artigo 85, 11, do CPC/15. 8. Ação de procedimento comum, julgada improcedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 9. Sentença, recorrida, ratificada. 10. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 519/521, que julgou improcedente a ação de procedimento comum, objetivando o restabelecimento do benefício previdenciário da Pensão por Morte, decorrente do óbito de servidor público Estadual, em favor da parte autora. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados no valor de R$ 10.000,00, observado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC/15.

Acesso ao Sumário

A parte autora, nas razões recursais, sustentou, em resumo, a inversão do resultado inicial da lide.

O recurso, tempestivo, dispensado de preparo, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não merece provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro de Grau de Jurisdição, que deu a melhor solução ao caso concreto, com observação.

Trata-se de ação de procedimento comum, objetivando o restabelecimento do benefício previdenciário da Pensão por Morte, decorrente do óbito

de servidor público Estadual, em favor da parte autora. E, a alegação principal, em síntese, é no sentido da inexistência de união estável ou sociedade de fato, mantida pela beneficiária, com o terceiro, Nilson da Silva Frazão.

Os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial.

Pois bem. Verificar-se-á o direito à concessão do benefício previdenciário da Pensão por Morte, nos termos da legislação específica que estiver em vigor na data do óbito do respectivo instituidor.

Aliás, a Súmula nº 340, da jurisprudência dominante e reiterada do C. STJ dispõe o seguinte: "*A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado*."

De outra parte, a redação original do Decreto Estadual nº 34.438/58, vigente à época da concessão do benefício (outubro de 1.973), estabelecia o seguinte:

"*Artigo 58 - O direito dos beneficiários à percepção de pensão extingue-se pelos seguintes motivos:*

I - morte;

II - casamento ou restabelecimento do vínculo conjugal;

III - maioridade ou emancipação, salvo as exceções previstas neste Regulamento:

IV - concubinato;"

E mais. O teor do respectivo artigo 19, II, da Lei Estadual nº 452/74, editada posteriormente ao referido Decreto, prevê o seguinte:

"*Artigo 19 - Extingue-se o direito do beneficiário à percepção da pensão, além de nos casos expressamente previstos por esta lei:*

(...)

II - pelo casamento;"

Na sequência, sobreveio a alteração da redação original do dispositivo legal acima mencionado, por meio do artigo 10, III, da Lei Complementar Estadual nº 1.013/07, nos seguintes termos:

"*Artigo 10 - A perda da qualidade de dependente dar- se-á em virtude de:*

(...)

III - matrimônio ou constituição de união estável.

Parágrafo único - Aquele que perder a qualidade de dependente não a restabelecerá."

Além disso, a regra que dispõe a respeito da extinção do benefício previdenciário ora questionado, motivada em razão da formação de sociedade de fato (*união estável*), foi introduzida, somente, com a edição da Lei Complementar

Acesso ao Sumário

Estadual nº 1.013/07, que alterou a Lei Estadual nº 452/74.

Porém, a jurisprudência do C. STF, firmada por ocasião do julgamento do RE n° 878.694, Rel. o I. Min. Roberto Barroso, é no sentido da equiparação dos efeitos jurídicos do matrimônio e união estável, inclusive, no tocante aos respectivos ônus e obrigações correlatas.

Daí porque, extinguir-se-á o benefício da Pensão por Morte, uma vez reconhecida a existência de união estável, mantida pelo respectivo beneficiário.

E, a parte autora não se desincumbiu, no caso concreto, da demonstração inequívoca a respeito da inocorrência do estabelecimento da referida sociedade de fato, mantida com o terceiro, Nilson da Silva Frazão, ao contrário do apurado pela Autarquia Estadual, no respectivo procedimento administrativo de averiguação (fls. 323/329).

Confira-se, por oportuno, a r. sentença proferida na origem, nos seguintes termos:

> "*A prova oral produzida nos autos não restou uníssona no sentido de que, ao contrário do apurado administrativamente, não houve união estável.*
>
> *Deveras, ao ser inquirida, a testemunha Rita afirmou que "conhece a autora há mais ou menos 20 anos porque as filhas delas estudavam juntas. A depoente conheceu Nilson da Silva Frazão em visita à casa da autora sendo que Nilson morava com ela. Sabe que Nilson morou com a autora mais ou menos por 3 meses. Não se recorda o ano que o casal morou junto. A autora tem 3 filhos cujo pai é o Nilson" (g.n., fl. 484).*
>
> *A testemunha Raimundo, declarou que "conhece a autora desde 1985, pois frequentam a mesma igreja. Frequentava a casa da autora de vez em quando. Conheceu Nilson da Silva Frazão de vista quando o via sair da casa da mãe da autora. A autora residia com sua mãe. A autora tem 04 filhos. Nilson é o pai de 3 filhas da autora. Pelo que sabe o Nilson não residiu com a autora*" (fl. 485).
>
> À evidência, a prova oral não é conclusiva e, por via de consequência, não tem o condão de afastar a presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo impugnado." (fls. 520)

Por outro lado, é fato incontroverso nos autos que a referida união estável, mantida pela parte autora, não foi comunicada ao Instituto Previdenciário. E, tal circunstância exclui, por óbvio, a respectiva boa-fé.

Enfim, não há demonstração da presença de qualquer irregularidade, ilegalidade ou nulidade manifesta no ato administrativo ora impugnado, objeto da lide (*extinção de benefício previdenciário*), passíveis de reconhecimento e correção.

Mas não é só. A solução da controvérsia, ao contrário do pretendido, está

Acesso ao Sumário

restrita e limitada à expressa vedação legal ao adimplemento do benefício da Pensão por Morte, em favor de filha ou cônjuge supérstite, após a celebração de matrimônio ou o estabelecimento e a instituição de união estável (*STF; RE nº 878.694*).

Outrossim, confira-se, a propósito da matéria jurídica ora debatida, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, a seguir:

"*APELAÇÃO. Pensão por morte. Decadência. Inocorrência. Termo inicial de contagem do prazo decenal que se verifica com a constatação da causa extintiva. Filha de policial militar falecido. Constituição de união estável. Revogação do benefício. Possibilidade. Inteligência dos artigos 8º, III, e 19, II, da Lei Complementar Estadual 452/1974. Precedentes desta Corte. Sentença mantida. Recurso improvido, portanto*." (TJSP; Apelação Cível nº 1053136-66.2019.8.26.0053; Relator: o Des. Encinas Manfré; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/08/2020; Data de Registro: 11/08/2020)

"*PREVIDÊNCIA – Pensão por morte – Policial militar – Filha solteira – União estável – Reestabelecimento – Alegada ausência de constituição de união estável – Não comprovação – Filhos comuns – Endereços comuns em banco de dados públicos – Impossibilidade: Demonstrada a união estável em procedimento administrativo posterior ao óbito do militar instituidor do benefício, cessa o direito à pensão para a filha solteira*." (TJSP; Apelação Cível nº 1035800-49.2019.8.26.0053; Relatora: a Des. Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2020; Data de Registro: 04/08/2020)

"*AÇÃO DE COBRANÇA. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA DE POLICIAL MILITAR. CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. Filha solteira de Policial Militar. Pensão extinta em razão de constituição de união estável, conforme apurado em processo administrativo. Verba previdenciária, em regra, irrepetível, salvo prova de má-fé (REsp 990.549/RS). Má-fé caracterizada pelo conjunto probatório, produzido na esfera administrativa, com observância do contraditório e da ampla defesa. Possibilidade da repetição dos valores recebidos indevidamente pela pensionista. Processo administrativo que suspende o curso da prescrição. Parcelas não atingidas pela prescrição quinquenal que são passíveis de ressarcimento. RECURSO PROVIDO EM PARTE*." (TJSP; Apelação Cível nº 1063634-61.2018.8.26.0053; Relator: o Des. Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/06/2020; Data de Registro: 30/06/2020)

Acesso ao Sumário

"*AÇÃO DE COBRANÇA – PENSÃO POR MORTE – CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS INDEVIDAMENTE – União estável equiparada a casamento para fins de extinção do benefício da pensão por morte – Conjunto probatório dos autos que demonstra a existência da união estável da beneficiária com terceiro, devendo ser extinto, em razão desse fato, o benefício de pensão por morte de seu genitor (policial militar) – Inteligência do art. 8º, III, c.c. art. 19, inc. II, ambos da Lei Estadual nº 452/1974 – Jurisprudência desta Corte – Restituição das parcelas indevidamente recebidas pela ré – Correta aplicação do termo inicial da correção monetária e dos juros moratórios na r. sentença – Índices de juros moratórios e de correção monetária que se aplicam consoante a decisão do E. STF no Tema 810 – Matéria de ordem pública cognoscível de ofício – Inocorrência de 'reformatio in pejus' – Sentença condenatória ilíquida – Fixação da verba honorária quando da liquidação do julgado, considerando-se a majoração decorrente da atuação em grau recursal – Recursos desprovidos, com observação*." (TJSP; Apelação Cível nº 1031339-39.2016.8.26.0053; Rel. o Des. Carlos Von Adamek; 2ª Câmara de Direito Público; j. 17.9.18)

Finalmente, considerando o trabalho adicional do profissional e representante da parte vencedora é imperioso o arbitramento dos honorários advocatícios recursais, a título de observação, no valor correspondente a 2%, sobre o montante da atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15. E, aplicar-se-á, quanto ao adimplemento, a regra do artigo 98, § 3º, do CPC/15.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento comum era mesmo de absoluto rigor, não merecendo nenhuma alteração, mas, com observação, no tocante ao arbitramento dos honorários advocatícios recursais, nos exatos termos da fundamentação.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação.

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1039143-93.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são ape-

lantes E. DE S. P. e E. M. DE T. U. E. DE S. P. S/A E. e Recorrente J. E. O., são apelados Y. P. DOS S. S. (MENOR REPRESENTADA) e S. P. DE S. (REPRESENTANDO MENOR).

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, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.286)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 2 de dezembro de 2022.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Apelação. Remessa necessária. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Desacolhimento. Mérito. Pretensão tendente ao fornecimento de transporte especializado. Autora que padece transtorno do espectro autista e obsessivo-compulsivo. Admissibilidade. Inteligência dos artigos 6º, 205 e 208 da Constituição da República, 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, 2º da Lei Federal 7.853/1989 e 8º e 46 da 13.146/2015. Precedentes desta Corte. Sentença mantida. Portanto, recursos improvidos.

VOTO

Apelações (folhas 289/299 e 301/307) foram interpostas pela *Fazenda do Estado de São Paulo* e pela *Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo - EMTU/SP* à respeitável sentença (folhas 279 a 285) pela qual procedente pedido correspondente à ação com o escopo de obrigação de fazer contra elas promovida por Y.P.S.S. para o fornecimento de transporte especializado.

Então, condenou-se essas rés a, solidariamente, fornecerem à autora o transporte objetivado, entre a residência desta e a instituição ADACAMP, de forma gratuita.

Condenou-se essas *Fazendas*, ademais, ao pagamento de despesas processuais e verba honorária fixada, por equidade, em R$ 500,00.

Determinou-se o reexame necessário.

Essa primeira recorrente, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* dela; b) incumbir ao município de Campinas adimplir com obrigação da espécie; c) sobre o mérito, ter havido indevida ingerência do Poder Judiciário no Executivo; d) a regulamentação e a

Acesso ao Sumário

fiscalização do transporte terrestre são realizadas pelas ARTESP; e) não fazer parte das atribuições da EMTU/SP a operação de ônibus; f) o projeto "ligado" atende apenas alunos de escolas estaduais do ensino fundamental e médio; g) atenção aos arestos colacionados; h) assim, que se proveja o respectivo apelo.

A empresa coapelante, por sua vez, sustentou, em resumo, na seguinte conformidade: 1. em preliminar, ilegitimidade passiva *ad causam*; 2. não preencher a autora, ora apelada, os requisitos necessários para a respectiva inclusão no projeto "ligado"; 3. incumbir à EMDEC – SETRANSP realizar o transporte sob apreço; 4. apenas gerencia e fiscaliza o serviço de transporte especializado; 5. logo, objetivar o provimento da correspondente insurgência.

Houve apresentação de resposta pela apelada (folhas 392 a 400), em resumo, no sentido de se dever desacolher o argumentado por essas apelantes e, desse modo, ser caso de manutenção da decisão atacada.

Sobrevieram manifestações dos dignos membros do Ministério Público oficiantes em primeiro grau (folhas 404 a 413) e nesta Corte (folhas 432 a 437).

É o **relatório**, preservado, no mais, o referente a essa decisão *a quo*.

Impõe-se o improvimento dos recursos.

Antes da exposição das razões desse deslinde, rejeitam-se as sobreditas arguições preliminares.

Com efeito, não se verifica hipótese de ilegitimidade passiva, porquanto solidária a responsabilidade das esferas do poder público para prestações da espécie, haja vista o disposto nos artigos 6º, 23, II, 196, 205 e 208 da Constituição Federal. Por conseguinte, o dever de proporcionar o transporte especializado do qual se ressente a ora recorrida é extensível à Fazenda estadual e à EMTU/SP, empresa que com a primeira firmou convênio próprio.

Nesse sentido, aliás, é de registro, *mutatis mutandis*, julgado deste Tribunal de Justiça (TJSP) cuja ementa é a seguinte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE. Pleito de disponibilização de transporte especializado à pessoa com autismo, que merece procedência, nos termos da sentença. Inteligência dos artigos 6º, 23, II e 123, IV da Constituição Federal. Garantia de transporte especializado aos autistas assegurado pela Lei Federal nº 12.764, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Convênio firmado pela Secretaria de Educação e a EMTU, regulamentado pela Resolução STM nº 19, de 27.02.2009, que autoriza à Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - EMTU/SP a implantar o sistema de Serviço Especial Conveniado "LIGADO". RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS"*[1].

1 Apelação 1011119-02.2014.8.26.0405, 13ª Câmara de Direito Público, relatora a desembargadora

Acesso ao Sumário

Consequentemente, rejeitam-se as arguições preliminares.

A propósito dessa matéria de fundo, ficou comprovada a necessidade de fornecimento de tratamento especializado à autora, da respectiva residência até a ADACAMP, local em que recebe atendimento terapêutico e pedagógico, dado padecer transtorno do espectro autista e obsessivo-compulsivo (folhas 20, 21 e 28).

Por sinal, constou de laudo médico próprio que essa requerente "*faz jus à proteção aos direitos da pessoa com deficiência*" na medida em que "*Sua deficiência possui caráter permanente*" e "*possui episódios de agressividade e irritabilidade intensos desencadeados no ônibus, devido a características inerentes ao Transtorno do Espectro Autista, quais sejam: intolerância a mudanças de ambientes bem como distúrbios sensoriais agravados pelos estímulos sensoriais excessivos presentes no ônibus*" (folhas 54).

Isso não bastasse, como os artigos 196, 205 e 208 da Constituição da República consubstanciam normas relativas a direitos fundamentais – saúde e educação –, não se pode reduzir o respectivo alcance ou obstar a aplicação desses preceitos, aliás, de eficácia plena.

Por sinal, e conquanto o poder público esteja autorizado a estabelecer critérios razoáveis para atendimento à saúde e à educação, não é possível a inobservância a direito fundamental individual assegurado constitucionalmente.

Outrossim, não se reconhece afronta a critérios discricionários do poder público, porquanto está vinculado a atender aos sobreditos preceitos, bem ainda ao artigo 6º da Carta Magna.

A bem ver, ainda, possível haver determinação judicial para que implementadas políticas públicas constitucionalmente previstas se, como no caso ora sob exame, pela omissão, forem atingidos direitos dessa natureza.

Também não pesa eventual existência de óbice orçamentário para o custeio do transporte sob análise, pois a saúde humana e a educação se sobrepõem a essas questões e devem ter especial proteção do poder público, cujo interesse maior, enfim, é o de proporcionar bem-estar social.

Além disso, é ainda presente o disposto nos artigos 23, II, e 205 da Constituição da República, bem como o estabelecido nos artigos 4º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 2º da Lei Federal 7.853/1989 e 8º e 46 da 13.146/2015, conforme constou da respeitável sentença.

Ademais, não socorre às apelantes o mais alegado por elas em relação ao mérito, pois, em princípio, o mínimo existencial sobreleva à reserva do possível.

No tocante ao sustentado pela EMTU/SP sobre ausência de atendimento pela autora dos requisitos para participar do projeto "ligado", é de consideração, *mutatis mutandis*, trecho de aresto desta Corte relativo a caso análogo de

Flora Maria Nesi Tossi Silva, julgamento em 27 de novembro de 2019.

Acesso ao Sumário

seguinte jaez:

"(...) Pouco importa, nesse aspecto, se a ADACAMP não possui natureza estritamente educacional, não estando credenciada na Secretaria Estadual da Educação. Em razão de sua deficiência, o comparecimento do autor ao programa é essencial para o devido controle de suas moléstias e para o seu regular desenvolvimento pessoal, de modo que, conquanto seja, em essência, terapêutico, o programa também assume nítida feição educacional, incorporando-se na política pública.

(...) De rigor, nesse cenário, a procedência da demanda para determinar que os corréus disponibilizem ao autor o transporte especial LIGADO, ou semelhante, a fim de que ele possa frequentar a Associação para o Desenvolvimento dos Autistas em Campinas ADACAMP, nos termos do quanto decidido pelo juízo a quo".

Esse acórdão, a bem ver, está ementado na seguinte conformidade:

"*APELAÇÕES E REMESSA NECESSÁRIA – Demanda preordenada à condenação solidária do Estado de São Paulo e da EMTU/SP em obrigação de fazer consistente na prestação de transporte social ("Ligado" ou similar) ao demandante, portador de "Transtorno do Espectro Autista (CID-10 F84.0)" e de "Asma Persistente Grave (CID-10 J45.9)", para que ele possa frequentar ao programa da Associação para o Desenvolvimento dos Autistas em Campinas (ADACAMP) – Sentença de procedência – Irresignação – Descabimento – PRELIMINARES AFASTADAS 1. Ilegitimidade passiva – Os entes federativos se responsabilizam solidariamente para conferir eficácia aos direitos sociais prescritos na CF/1988, o que também inclui a EMTU enquanto executora, por convênio, do serviço pleiteado – Relação de legítima adequação com a causa – 2. Perda superveniente do objeto processual – Concessão de antecipação de tutela pelo juízo "a quo" que não importa no perecimento do objeto, tendo caráter meramente precário – MÉRITO – Necessidade contínua de transporte adequado às necessidades do usuário – Laudos médicos que atestam a deficiência do autor, a necessidade de atender à ADACAMP e a impossibilidade, em razão das moléstias, de utilizar o transporte público convencional – Tratamento terapêutico que assume nítida feição educacional – Direito assentado na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei Federal nº 7.853/89 e na Convenção de Nova York – Sentença de procedência mantida – Recursos desprovidos*"[2].

Destarte, mantém-se a respeitável sentença, aliás, também, pelo respectivo conteúdo.

Mantido esse *decisum*, e ausente insurgência da autora em relação à verba honorária fixada, para que não se verifique *reformatio in pejus*, ora se mantém o

2 Apelação 1043536-61.2021.8.26.0114, 1ª Câmara de Direito Público, relator o desembargador Marcos Pimentel Tamassia, julgamento em 14 de setembro de 2022.

Acesso ao Sumário

critério equitativo aplicado e se majora em R$ 300,00 (trezentos reais) o *quantum* imposto em primeira instância (R$ 500,00), nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Para o caso de eventual prequestionamento, ora se antecipa declarar inexistente violação a preceito constitucional ou infraconstitucional relativo à matéria examinada mediante este decisório.

À vista do exposto, nega-se provimento às apelações e ao reexame necessário.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0034597-29.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.247)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO FARO JR. (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, MARREY UINT, ANA LIARTE, FERMINO MAGNANI FILHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, EDUARDO GOUVÊA, BANDEIRA LINS, TORRES DE CARVALHO, JARBAS GOMES, OSVALDO DE OLIVEIRA, DJALMA LOFRANO FILHO, MÔNICA SERRANO, RAUL DE FELICE, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, ANTONIO MOLITERNO e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Pretensão dos autos do processo nº 1021395-42.2018.8.26.0053, que busca o reequilíbrio econômico-financeiro quanto ao Contrato Administrativo nº CR/003/1998, no valor de R$ 1.254.267,57, na

Acesso ao Sumário

data-base de julho de 1997, que corresponde ao VPL no valor de R$ 48.077,31, julgada improcedente em Primeiro Grau – Recurso de apelação distribuído livremente perante a 3ª Câmara de Direito Público – Não conhecimento do recurso e determinação de redistribuição perante a 11ª Câmara de Direito Público, porquanto estaria preventa em razão do processo nº 1018682-**94.2018.8.26.0053 – Descabimento – Embora se trate de demandas que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, os contratos administrativos discutidos em cada demanda são distintos, de modo que** não geram qualquer prevenção – **Competência da 3ª Câmara de Direito Público para apreciação da lide – Inaplicabilidade do disposto no art. 105 da Resolução nº 623/2013.**

Conflito de competência conhecido e procedente, fixada a competência da 3ª Câmara de Direito Público para apreciação da lide.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Colenda 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, nos autos do processo nº 1021395-42.2018.8.26.0053, que busca o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato proposta pela Concessionária de Rodovias do Oeste de São Paulo S/A (ViaOeste) em face do Estado de São Paulo e da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP.

Julgada improcedente a demanda conforme r. sentença de fls. 2.359/2.367, houve interposição de recurso de apelação pela autora (fls. 2.389/2.420), contrarrazoado a fls. 2.428/2.436.

Os autos foram distribuídos livremente à C. 3ª Câmara de Direito Público, o Ilustre Relator, Desembargador Marrey Uint, conforme certificado a fls. 2.439, que não conheceu do recurso, determinando sua remessa à 11ª Câmara da Seção de Direito Público desta E. Corte, nos termos da r. decisão de fls. 2.453/2.455.

Redistribuído o processo à C. 11ª Câmara de Direito Público (fls. 2.456), o conflito negativo de competência foi suscitado pelo Ilustre Desembargador Aroldo Viotti, pois o processo nº 1018682- 94.2018.8.26.0053, distribuído à Câmara suscitante, não diria respeito ao mesmo contrato, não se tratando de mesma pretensão formulada no processo 1021395-42.2018.8.26.0053 (fls. 2.472/2.475).

Acesso ao Sumário

Na forma do artigo 202, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desnecessárias informações, manifestação das partes e do Ministério Público, em razão da natureza da matéria em discussão.

É o Relatório.

Cumpre esclarecer que o incidente deve ser conhecido, porquanto nenhum dos Órgãos fracionados reconhece ter competência para o julgamento do indigitado recurso.

Cuida-se de ação proposta pela apelante, ViaOeste, que busca o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo nº CR/003/1998, em razão da alteração do sistema de cobrança eletrônica do pedágio, no valor de R$ 1.254.267,57, na data-base de julho de 1997, que corresponde ao VPL no valor de R$ 48.077,31, julgada improcedente em Primeiro Grau (fls. 2.359/2.367).

Distribuído livremente o apelo da autora perante a 3ª Câmara de Direito Público, foi proferida decisão que não conheceu do recurso e determinou a redistribuição dos autos à 11ª Câmara de Direito Público, que suscitou o conflito.

Respeitado o entendimento exposto pelo I. Relator Des. Marrey Uint, componente da 3ª Câmara de Direito Público, não se verifica a existência de elementos de prevenção entre os processos de nº 1021395-42.2018.8.26.0053 e 1018682-94.2018.8.26.0053.

Inobstante no processo nº 1021395-42.2018.8.26.0053 se faça menção à prova pericial produzida no processo nº 1018682-94.2018.8.26.0053, e que a discussão de ambas a demandas tem relação com a Resolução SLT 13/11, no entanto, os contratos administrativos são distintos, de modo que não cabe reconhecer a prevenção.

Como bem apontado pela 11ª Câmara de Direito Público, o objeto discutido em ambas as demandas, embora se refira à pretensão de reequilíbrio econômico-financeiro, não é o mesmo, visto que nos autos do **processo nº 1018682-94.2018.8.26.0053**, a lide trata do **Contrato de Concessão nº 20/CIC/1998**, relacionado com a exploração da **Malha Rodoviária Estadual de Ligação entre Tatuí, Itapetininga, Capão Bonito, Itapeva, Itararé e Araçoiaba da Serra, correspondente ao Lote 20 da Concorrência Internacional 20/CIC/98**, havendo desequilíbrio no valor de R$ 2.926.067,27, na data-base do contrato – junho de 1997, que levado ao Valor Presente Líquido (VPL), também em julho de 1997, corresponderia a R$ 79.909,77. Foi instaurado o Processo Administrativo nº 016.591/2014, com decisão contrária ao reequilíbrio contratual.

Por sua vez, no **processo nº 1021395-42.2018.8.26.0053**, a lide envolve o **Contrato CR/003/1998**, sendo que desde março de 1998 a autora administra e explora, sob regime de concessão, o **sistema rodoviário Castello-Raposo, correspondente ao Lote 12 da Concorrência Internacional 08/CIC/97**, havendo desequilíbrio econômico-financeiro no valor de R$ 1.254.267,57 na

Acesso ao Sumário

data-base de julho de 1997, que corresponderia ao Valor Presente Líquido (VPL) de R$ 48.077,31. Igualmente foi instaurado **Processo Administrativo nº 014.356/2012**, com pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, que foi indeferido.

Do exame de cada uma das demandas judiciais, se verifica não haver motivo para a apontada prevenção, que envolvem contratos administrativos de concessão distintos, o que não impede que sejam solucionadas de maneira distinta entre si.

Fica claro, portanto, que o caso dos autos não se enquadra na hipótese descrita pelo artigo 105 da Resolução nº 623/2013:

> *"**Art. 105**. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados"*

Em semelhante discussão em sede de Conflito de Competência, decidiu-se nesta C. Turma Especial - Público:

> "*Conflito negativo de Competência – Apelações em ação de indenização por desapropriação indireta distribuídas à c. 3ª Câmara de Direito Público, em que se discute o dever da Prefeitura de Praia Grande indenizar o autor, proprietário de imóvel situado em área que, por força da Lei Municipal nº 1.656/13, foi declarada como de reserva legal, para efeitos da legislação ambiental – Redistribuição à c. 11ª Câmara de Direito Público por alegada prevenção gerada por decisão proferida em apelação interposta em ação parelha, ajuizada por autor distinto e que versa sobre imóvel diverso – Prevenção inexistente – Bens que devem ser considerados, para fins de cálculo de eventual indenização, dentro de suas individualidades, com análise particularizada – Inaplicabilidade do art. 105 do Regimento Interno desta Egrégia Corte. (...)*" (Conflito de Competência nº 0009091-51.2022.8.26.0000, Rel. Des. Luis Felipe Nogueira, j. 10.6.2022).

Destarte, de rigor a fixação da competência da C. 3ª Câmara de Direito Público para a apreciação da lide.

Pelo exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO** e o **JULGO PROCEDENTE** para fixar a competência da C. 3ª Câmara de Direito Público para julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2130428-70.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de Vinhedo, em que é embargante EPPO SANEAMENTO AMBIENTAL E OBRAS LTDA., é embargado MUNICÍPIO DE VINHEDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.251)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Embargos de declaração – Art. 1.022 do CPC – Erro material verificado – Pretensão do agravo de instrumento não se encontra prejudicada, dado que a sentença de primeiro grau não se manifestou sobre a matéria circunscrita ao recurso – Ação que busca anulação de decisão que inabilitou participação em licitação – Necessidade de correspondência entre o valor da causa e o proveito econômico pretendido pela parte – Art. 292, II do CPC – Imprescindibilidade de compatibilizar a indispensabilidade de se evitar a banalização da judicialização de litígios com o acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional – Cálculo do valor da causa a partir do valor orçado para o certame, bem como a probabilidade de êxito da parte caso tivesse sido habilitada – Análise *ex ante* do proveito econômico que seria obtido pela parte caso fosse bem sucedida na demanda – Cálculo realizado a exemplo do efetuado diante da aplicação da teoria da perda de uma chance – Desnecessidade de anulação da sentença – Ausência de prejuízo para a parte – Agravo de instrumento que versava sobre

Acesso ao Sumário

matéria preliminar e não prejudicial ao exame de mérito – Indispensabilidade da economia processual e da duração razoável do processo – Inteligência do art. 5º, LXXVIII da CF – *Pas de nullitpe sans grief* – Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por **Eppo Saneamento Ambiental e Obras Ltda**. contra ato que considerou ilegal do **MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Vinhedo**, Dr. *Evaristo Souza da Silva*, e consistente em corrigir, de ofício, o valor dado à causa que a agravante moveu em face do **Município de Vinhedo** – de modo a determinar o recolhimento da diferença no pagamento das custas pela parte autora.

À fl. 82, foi deferido o pedido de efeito suspensivo, nos termos dos arts. 995 e 1.019, I do CPC.

À fl. 85, diante das informações apresentadas na contraminuta (fls. 86/90) e da prolação de sentença pelo juízo de primeiro grau, entendeu-se que restou prejudicada a pretensão apresentada no agravo de instrumento. Por conseguinte, em sede de decisão monocrática, não se conheceu do recurso.

Inconformada, Eppo Saneamento Ambiental e Obras Ltda. opõe embargos de declaração, defendendo a ocorrência de vício na decisão da fl. 85. Pugna para que os aclaratórios sejam acolhidos com efeitos infringentes, permitindo a regular tramitação do agravo de instrumento. Além disso, requer a nulidade da sentença proferida pelo juízo *a quo*, na medida em que tal *decisium* não poderia ter sido exarado diante do fato de ter sido concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento em segundo grau.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Efetivamente, nota-se que a decisão hostilizada incorreu em erro material ao não conhecer do agravo de instrumento. Isso porque tal *decisium* se baseou na ideia de que a pretensão apresentada no recurso restaria prejudicada por supostamente já ter sido analisada em primeiro grau, ou seja, quando da prolação da sentença. No entanto, ao examinar a sentença, nota-se que a discussão em torno do valor atribuído à causa, matéria que é objeto do agravo de instrumento interposto, não foi apreciada pela instância inferior. *In verbis* (fl. 93):

> Quanto ao valor da causa, essa questão está sendo analisada pelo Eminente Desembargador Relator Dr. José Luiz Gavião de Almeida, querido professor das Arcadas, em virtude do agravo outrora interposto pela parte demandante.

Por esse motivo, **de maneira absolutamente excepcional**, a fim de evitar a violação ao contraditório e à ampla defesa, **não há que se iniciar o prazo para eventual interposição de recurso de apelação até que tal questão seja decidida pela Superior Instância**, momento em que será possível verificar a base para cálculo dos honorários e das custas para eventual recurso. Aguarde-se o resultado do agravo, que deverá ser informado nestes autos pela parte requerente.

Portanto, tendo isso em vista, não pode subsistir a decisão da fl. 95, sendo imperioso o exame do mérito do agravo de instrumento. Nesse sentido, defendeu a recorrente a necessidade de manutenção do valor da causa em R$ 5.000,00, insurgindo-se contra a ampliação desse montante para a quantia de R$ 30.266.615,34 – isto é, correspondente ao valor total orçado, pela municipalidade, para os três lotes do certame para qual a litigante pretendeu se habilitar.

A agravante, ora embargante, defende que a ação anulatória não trará efeitos econômicos imediatos, de forma que o valor atribuído para a causa deve ser meramente simbólico. No entanto, nos termos do art. 291, II do CPC, o valor da causa corresponderá, "*na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida*". Tendo em vista que a demanda tem por objeto a anulação de decisão administrativa que inabilitou a participação da litigante na licitação promovida pela Prefeitura de Vinhedo, nota-se que o caso em tela se subsome à hipótese de questionamento da validade de um ato jurídico – sendo preciso fixar a valor da causa em função do valor do ato. Sobre isso:

> AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO PRINCIPAL (AGRAVO DE INSTRUMENTO), AO FUNDAMENTO DE PERDA SUPERVENIENTE DE SEU OBJETO. NÃO VERIFICAÇÃO. DECISÃO CASSADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. PRETENDIDA HABILITAÇÃO EM PROCESSO DE LICITAÇÃO. PLEITO, ADEMAIS, DE ANULAÇÃO DA HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DO CERTAME, BEM COMO DA DECLARAÇÃO DE QUE SE SAGROU VENCEDORA. VALOR DA CAUSA QUE, NA ESPÉCIE, DEVE CORRESPONDER À EXPRESSÃO ECONÔMICA DOS PEDIDOS E, ASSIM, DEVE OBSERVAR O IMPORTE DO CONTRATO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - AGT: 01167311720158240000 Criciúma 0116731-17.2015.8.24.0000, Relator: Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 06/11/2018, Terceira Câmara de Direito Público)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LI-

Acesso ao Sumário

CITAÇÃO – VALOR DA CAUSA. (...) Licitação que pretende originar uma contratação de parceria público-privada de valor estimado superior a R$310.898.854,00, para prestação dos serviços de tratamento e destinação final dos resíduos, com previsão de aproveitamento energético visando a redução de massa que se encaminhará destino final. (...) O valor da causa deve corresponder ao seu conteúdo econômico, sendo este considerado o valor que o autor pretende obter com a demanda – Tal definição também é aplicada ao Mandado de Segurança. Caso em tela busca impugnar edital de licitação, motivo pelo qual deve o valor da causa corresponder ao valor da licitação, não cabendo a atribuição de valor irrisório, como a impetrante almejou – Nesse sentido, jurisprudência do C. STJ – Necessária manutenção da determinação de recolhimento do complemento das custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição. Decisão agravada em harmonia com o já decidido no agravo de instrumento nº 2156164-27.2021.8.26.0000, que gerou a presente prevenção, em decisão transitada em julgado e referente à mesma licitação, e com a jurisprudência do STJ, que preza pela fixação do valor da causa sob o alcance do verdadeiro conteúdo patrimonial imediato da demanda, isto é, em razão do proveito econômico a ser auferido pela parte, em observância ao princípio da correspondência do valor econômico da demanda. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - AI: 20403659620228260000 SP 2040365-96.2022.8.26.0000, Relator: Leonel Costa, Data de Julgamento: 06/09/2022, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/09/2022).

Estipulado que o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico pretendido pela parte, é necessário traçar mais algumas considerações. Em que pese a impossibilidade da fixação de numerário simbólico no caso em tela, também não parece coerente que essa quantia corresponda ao valor total da licitação. Isso porque a demanda pretende questionar decisão que inabilitou a participação no certame, não havendo certeza de que a parte seria vencedora na licitação. Por isso, melhor calcular a montante a partir do valor orçado para licitação e a probabilidade de êxito da parte, a exemplo daquilo que se efetua por meio da teoria da *perda de uma chance*. Em realidade, tal raciocínio se justifica pela necessidade de contrabalançar os diversos interesses em jogo: de um lado, evitar a excessiva banalização da judicialização de litígios pela delimitação de valores irrisórios; por outro, viabilizar o acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Acesso ao Sumário

Sobre a questão da *teoria da perda de uma chance*:

Na experiência brasileira, os Tribunais têm acolhido a teoria da perda de chance, admitindo a indenização pela oportunidade perdida. Tornou-se notório caso em que o Superior Tribunal de Justiça, com base nessa teo-

ria, concedeu indenização a participante de conhecido programa televisivo de perguntas e respostas ("Show do Milhão"). Na hipótese, entendeu o Tribunal que a incorreção da pergunta formulada pelo apresentador – que, a rigor, não poderia ser respondida – retirara da concorrente a chance de disputar o prêmio máximo. A dificuldade de liquidação do dano, nesse caso, decorre do fato de que, diferentemente dos demais danos ressarcíveis, a vítima não perdeu aqui bem jurídico, senão a oportunidade de alcançá-lo. Em razão de tal circunstância, cabe ao intérprete estabelecer, com base na análise da probabilidade de auferimento pela vítima de certo benefício econômico, o quantum indenizatório que, necessariamente, haverá de ser inferior ao valor do bem jurídico almejado[1].

De modo similar, no caso em tela, para verificação do valor da causa é preciso fazer um juízo hipotético *ex ante*, auferindo o "valor da chance" da parte autora em obter êxito na licitação caso não tivesse sido inabilitada – empregando essa quantia como o numerário equivalente ao proveito econômico que seria obtido com o provimento da demanda e, por conseguinte, fixando-o como valor da causa.

In casu, a Eppo Saneamento Ambiental e Obras Ltda., pretendia participar dos lotes 01, 02, e 03 do certame. Consoante o edital de licitação anexo às fls. 48/157 dos autos originais (processo nº 1001355-25.2022.8.26.0659), o valor orçado seria de R$ 20.132.913,65 para o lote 1, R$ 8.365.870,76 para o lote 2 e R$ 1.767.830,93 para o lote 3. Além disso, ao analisar a ata relativa ao julgamento da fase de habilitação da licitação (fls. 158/161 dos autos principais), percebe-se que outras três empresas foram habilitadas para o lote 1, duas empresas para o lote 2 e três empresas para o lote 3. Com isso, é possível organizar esses dados na tabela abaixo:

	Valor do Lote	**Número de empresas habilitadas**	**Probabilidade de** êxito da litigante **caso fosse habilitada**	**Cálculo do "valor da chance" proporcional**
Lote 01	R$ 20.132.913,65	03	1/4	R$ 5.033.228,42
Lote 02	R$ 8.365.870,76	02	1/3	R$ 2.788.623,59
Lote 03	R$ 1.767.830,93	03	1/4	R$ 441.957,74
Total				**R$ 8.263.809,75**

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 78.

Acesso ao Sumário

Portanto, percebe-se que a partir da lógica supramencionada, o adequado valor da causa na demanda em tela seria de R$ 8.263.809,75. Ainda, importante destacar que, nos termos do art. 292, §3º do CPC, "*O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes*". Assim, nota- se que a fixação do valor da causa pelo presente órgão julgador, conforme exposto no cálculo acima, é medida autorizada pela legislação adjetiva.

Caminhando mais um pouco, é preciso analisar a arguição sobre a necessidade de anulação da sentença proferida pelo primeiro grau. Argui a embargante que tal medida seria necessária pelo fato de que a decisão foi elaborada após a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento. No entanto, ao analisar o caso concreto, observa-se que esse pleito não merece guarida, como será explicado a seguir.

O agravo de instrumento insurgiu-se contra parcela da decisão interlocutória proferida pelo juízo *a quo* – de forma que a parte se mostrou inconformada com a correção efetuada pelo magistrado, de ofício, sobre o valor da causa dado à demanda pela autora. Nesse sentido, o efeito devolutivo do referido recurso encontra-se circunscrito à discussão do valor da causa. Tendo isso em vista e diante da concessão do efeito suspensivo ao agravo, a sentença foi bastante clara ao explicitar que essa temática ainda estava sendo apreciada pelo presente juízo. Mais do que isso, foi cuidadosa em estabelecer que, de maneira excepcional, não se iniciaria o prazo para interposição de apelação até que a matéria pendente fosse decidida pelo Tribunal, momento em que seria possível verificar a base de cálculo para os honorários e as custas recursais.

Portanto, diante da atenção e cuidado da sentença, a prolação da decisão não causou efeitos prejudiciais à parte. Inclusive, ao consultar os autos originais, onde a parte autora já interpôs recurso de apelação, percebe-se que o preparo não foi recolhido tomando em consideração o importe de R$ 30.266.615,34. Pelo contrário, a guia de pagamento demonstra o numerário de R$ 202,14.

Acesso ao Sumário

Ademais, é imperioso ressaltar que o efeito devolutivo do agravo de instrumento se limitou, em extensão, ao debate de questão preliminar que não é prejudicial ao exame de mérito. Nesse sentido, à luz dos cuidados tomadas na sentença e das ressalvas feitas na decisão, não haveria grande diferença se o mérito fosse analisado após a conclusão do exame do agravo de instrumento ou não. Tal situação apenas ganharia vulto caso o prazo para interposição de apelação já houvesse se iniciado e o preparo recursal estivesse condicionado ao valor da causa estabelecido na decisão interlocutória. Todavia, não é esse o caso.

Logo, tendo em vista a ideia de que não existe nulidade sem prejuízo,

bem como o princípio da economia processual e a necessidade de se garantir a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), o caso em tela não comporta anulação da sentença. Nessa toada:

> APELAÇÃO CÍVEL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO CABIMENTO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o fato que a parte pretende provar, por meio da oitiva de testemunha, é incapaz de modificar a conclusão da sentença. 2. Somente há nulidade ou invalidade de ato processual se a parte conseguir comprovar o prejuízo dele decorrente. 3. Recurso conhecido e improvido. (TJ-DF 07234508620198070003 DF 0723450-86.2019.8.07.0003, Relatora: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 09/12/2020, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 21/01/2021.)

Dessarte, acolhem-se os aclaratórios, com efeitos infringentes. Com isso, conhece-se o agravo de instrumento, que fica parcialmente provido para determinar o valor da causa no importe de R$ 8.263.809,75. A autora deverá proceder para o recolhimento da diferença de custas à luz do valor fixado acima. Ademais, ressalta-se que esse numerário também deverá servir de base para o cálculo dos honorários advocatícios, bem como para o preparo dos recursos interpostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 0010271-89.2012.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes LÁZARO POSSANI, AGDA DAZZI ROMEIRO, ANTONIO LOPES PINTO, CÉLIA RODRIGUES, CLEUFER MORSELLI DELLA TORRE, DINAH COSTA PELLIZZON, DORACY ISACK DE SOUZA PINTO, FERNANDO PINHEIRO, HELCIAS MENDES ARCOVERDE, HIROSHI GUIBO, JAIR PINTO, JOÃO PINHEIRO, JORGE ROBERTO PINHEIRO, JOSÉ MÁRIO MARCONDES PEREIRA, JOSÉ SOUZA ARAÚJO, LÊDA DE AQUINO VINHAS, LORYS HAGE GHANNAGE, LUZIA APARECIDA DE CARVALHO REZENDE, MARIA ÂNGELA CONSOLMAGNO, MARIA APPARECIDA MACHADO RIBAS, MARIA DE LOURDES GALVÃO AGUIAR, MARIA EUGÊNIA VOSS CAMPOS BACHA, MARIA JOSÉ DOS SANTOS CALDERAN, MARIA TERESA DE TELLES E CHIOCCHETTI, MARY HELEUSA CONSOLMAGNO, MAURO FORTIN, MILTON AUGUSTO DE TOLEDO BARROS, NODIR MORO, NÚBIA ZAGATTO DA SILVA

Acesso ao Sumário

e OLGA ALVARES TOLEDO, são embargados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantiveram o julgamento anterior. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.987)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 2 de dezembro de 2022.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: ADEQUAÇÃO – TEMA 145 do STJ (art. 1.040, II, do CPC). REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. JUROS DE MORA. Sendo débitos de natureza tributária, eles não mais incidem segundo percentual pago pela poupança, e sim no utilizado pela Fazenda ao cobrar os débitos tributários (SELIC). Termo inicial do acréscimo deverá ser o do pagamento indevido. Juros de mora, que, no entanto, incidem a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único e súmula 188 do STJ. Manutenção do julgado.

VOTO

1. Trata-se de acórdão (fls. 282/286) desta Eg. 6ª Câmara de Direito Público, completada a Turma Julgadora pelos Desembargadores LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS, rejeitado os **embargos de declaração** (fls. 277/278) opostos do v. aresto (fls. 265/274) provendo **apelação** (fls. 209/223) de sentença (fls. 202/203) que extinguiu, por falta de interesse de agir, **ação de repetição de indébito** (fls. 02/09) proposta por pensionistas para devolução do valor descontado a título de imposto de renda sobre o montante total apurado e juros moratórios no pagamento do precatório.

Interposto Recurso Especial (fls. 289/321). Com o julgamento do REsp nº 1.111.175/SP, DJ-e de 01.07.19, determinou-se o cumprimento do art. 1.040, II, do CPC (fls. 350/351).

É o relatório.

2. Mantem-se o julgado.

Restringe-se ela ao termo inicial para o cálculo de juros moratórios e correção monetária.

Acesso ao Sumário

Diante do **julgamento de recurso repetitivo** de matéria tratada no recurso especial interposto (fls. 289/321), determinou-se a devolução dos presentes autos a esta **Eg. Corte** para o cumprimento do **art. 1.040, II, do CPC** (fls. 350/351).

O **C. Superior Tribunal de Justiça** decidiu sobre a questão no julgamento do REsp nº 1.111.175/SP **Tema 145**, Rel. Min. **DENISE ARRUDA**.

Assim, em cumprimento ao **art. 1.040, II, do CPC**, compete agora à Câmara de Direito Público a eventual retratação ou a manutenção da decisão recorrida. Conforme o resultado será o caso de se encaminhar o recurso à **Corte Superior.**

É o caso de **manter** o julgado, pois julgado conforme orientação superior.

O v. acórdão (fls. 282/286) decidiu pela incidência da taxa **SELIC, a partir do trânsito em julgado da sentença.** Isto por que tão-somente atendeu ao disposto no art. 167, parágrafo único do CTN:

> *"Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo os referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.*
>
> ***Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar**."* (grifei e destaquei).

De igual modo o enunciado da **Súmula 188 do C. STJ**: "*Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença*".

Logo, os juros devem mesmo ser calculados a partir do trânsito em julgado.

Cumpre esclarecer, de resto, o integral cumprimento ao decidido pelo **Supremo Tribunal Federal** no julgamento da **Repercussão Geral – Tema nº 810 –** e pelo **C. Superior Tribunal de Justiça** no julgamento do **Tema nº 905** atrelado ao REsp nº 1.495.146/MG.

Ficou estabelecido, quanto à **correção monetária**, **não** se aplicar a Lei nº 11.960/09.

Especificamente quanto à **condenações de natureza tributária**, como é o caso dos autos (devolução de valor descontado de pensionistas a título de **imposto de renda** sobre os juros moratórios no pagamento do precatório.), o **C. Superior Tribunal de Justiça** estabeleceu os seguintes parâmetros a serem seguidos:

> a. Sendo débitos de **natureza tributária**, eles não mais incidem segundo percentual pago pela poupança, e sim no utilizado pela Fazenda

Acesso ao Sumário

ao cobrar os débitos tributários (SELIC).

b. Sendo débitos de **natureza não-tributária**, eles **permanecem** sendo pagos segundo o percentual da **poupança**. Nessa hipótese, restou **mantida** a regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Assim, impõe-se **manter afastada** a incidência da Lei nº 11.960/09.

Daí a manutenção (art. 1.040, II, do CPC) do julgado anterior (fls. 282/286), com acréscimos, devendo ser observados quanto aos parâmetros aqui estabelecidos.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Mantenho o julgamento anterior.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1004131-23.2021.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ICELSON RIBEIRO VELOSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao reexame necessário, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.686)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e CYRO BONILHA.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – PROBLEMAS NOS OMBROS – REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL – A lesão constatada pericialmente nos ombros do obreiro, reduzindo parcial e permanentemente sua capacidade laboral, dá ensejo ao pagamento de benefício acidentário – Sentença concessiva de auxílio-acidente mantida.

D.I.B. mantida a partir do dia seguinte ao da alta médica (12.02.2021).

JUROS MORATÓRIOS – Juros moratórios incidentes a partir da citação (21.06.2021), conforme índice previsto na Lei nº 11.960/09.

CORREÇÃO MONETÁRIA – Incidência dos índices pertinentes nos termos do que ficou decidido nos Temas nº 810 do S.T.F. e nº 905 do S.T.J.

Sentença concessiva do auxílio-acidente mantida – Recurso oficial parcialmente provido, com observação (correção monetária e juros de mora).

VOTO

Vistos.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face da r. sentença de fls. 268/272, cujo relatório é adotado, e que **julgou parcialmente procedente** a ação acidentária movida por *operador de produção,* condenando a autarquia ao pagamento de auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício, mais abono anual, a partir do dia seguinte ao da alta médica (11.02.2021), por ter o obreiro se tornado portador de moléstias nos membros superiores em razão das exigências de seu trabalho.

Remeteu os autos para reexame necessário.

As partes não apresentaram recurso de apelação, subiram os autos.

É o relatório.

FUNDAMENTOS

2.1) Do benefício cabível

Anote-se de início que embora não tenha havido interposição de apelos das partes, o recurso oficial devolve ao Tribunal a plena apreciação da matéria em debate, motivo pelo qual se analisa os requisitos concessivos da reparação acidentária, bem como seus termos e demais cominações legais.

Dito isso, observa-se que a condenação do I.N.S.S. no pagamento do auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício, bem como o correspondente abono anual – acessório obrigatório –, é incontestável, pois houve a comprovação do nexo laboral e da incapacidade parcial e permanente em relação aos problemas nos ombros (fls. 202/208), tanto que a autarquia renunciou ao direito de recorrer da r. sentença proferida.

Logo, outro não poderia ser o desfecho da demanda senão o decreto de parcial procedência da ação, que, inclusive, contou com o conformismo do Instituto réu.

Acesso ao Sumário

Note-se, apenas, que o benefício em epígrafe, quanto ao seu marco inicial, encontra-se sob a égide do art. 86 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97.

Quando da oportuna implantação do auxílio-acidente, a renda mensal será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença que o antecedeu, utilizados os índices previdenciários em seus reajustes futuros.

2.2) Do marco inicial do benefício

A D.I.B. foi corretamente fixada no dia seguinte ao da alta médica, pois, além de ser essa a expressa determinação do artigo 86, §2º, da Lei nº 8.213/91, a autarquia já estava ciente, àquela época, de que a lesão ocupacional reduzia parcial e permanentemente a capacidade do obreiro para o trabalho, fazendo ele, pois, jus ao recebimento do auxílio-acidente desde aquela data (**12.02.2021** – fls. 144).

No mesmo sentido recente julgado do C. S.T.J. (do dia 09/06/2021) ao analisar os Recursos Especiais n.º 1.729.555/SP e n.º 1.786.736/SP (Tema nº 862), que assim assentou:

> *"O termo inicial do auxílio-acidente deve recair no dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença que lhe deu origem, conforme determina o art. 86, § 2º, da Lei 8.213/91, observando-se a prescrição quinquenal da Súmula 85/STJ".*

Ressalte-se que a decisão proferida em recurso repetitivo tem plena aplicabilidade, não havendo necessidade de se aguardar o trânsito em julgado.

A propósito, consigne-se que "*A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma*" (ARE 930647 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016) e, ainda, que "*A Corte possui o entendimento de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do leading case*" (RE 612375 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 01-09-2017 PUBLIC 04-09-2017).

Acesso ao Sumário

Observa-se que o benefício ora concedido ficará suspenso nos períodos em que o obreiro tenha recebido ou venha receber auxílio-doença, acidentário ou previdenciário, por conta da sequela ora indenizada.

2.3) Dos juros e correção monetária

Os juros moratórios, incidentes a partir da citação (21.06.2021 – fls. 168), consoante Súmula 204 do S.T.J., serão calculados sobre as parcelas em atraso

englobadamente até a citação, e, depois, calculados mês a mês, de forma decrescente, com a mesma taxa aplicada à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Registre-se que os índices de juros da caderneta de poupança se tornaram variáveis por força da Medida Provisória nº 567/2012.

Quanto à correção monetária das parcelas pagas em atraso, deverá seguir-se o que restou decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 870.947/SE – Tema 810) e pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.492.221/PR – Tema 905), aplicando-se, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, o índice definido pelo Supremo no Tema 810, inclusive eventual modulação de efeitos.

Deverá, ainda, ser adotado, no que couber, o disposto no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021 a partir da sua entrada em vigor.

2.4) Da conclusão

Posto isso, mantendo-se a r. sentença concessiva de auxílio-acidente, dá-se parcial provimento ao recurso de ofício, com observação em relação à correção monetária e juros de mora.

3) DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao reexame necessário, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1070360-46.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido MEU MENINO CONSULTORIA LTDA.

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 28.598)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

REZENDE SILVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – Sentença que concedeu a segurança para declarar a não obrigatoriedade de inscrição da impetrante no Cadastro de Prestador de Outro Município - CPOM, nos casos em que a prestação de seus serviços tiver tomadores situados no Município de São Paulo, bem como afastar a imposição das penalidades pelo não cadastro, especialmente a prevista no art. 9º, § 2º, da Lei Municipal nº 13.701/**03, com redação conferida pela Lei Municipal nº 14.042/2005 – Julgamento pelo STF, em 01.02.2021, do Recurso Extraordinário nº 1167509/SP – Tema 1.020 que fixou a tese de ser "incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços - ISS quando descumprida a obrigação acessória" – Recurso oficial improvido.**

VOTO

Vistos.

Trata-se de remessa necessária em face da sentença de fls. 92/100 que concedeu a ordem para determinar ao impetrado que se abstenha de exigir da impetrante o pagamento do ISS, suspendendo-se, assim, a exigência combatida na presente ação, no caso, retenção do ISS no Município de São Paulo em virtude da falta de inscrição da autora no Cadastro de Empresas não Estabelecidas no Município de São Paulo (CPOM), como exige o art. 9º-A da Lei Municipal nº 13.701/09, cuja constitucionalidade fora reconhecida por este Tribunal de Justiça no julgamento da ADI 128.573-0/8-00, bem como para que viabilize a dispensa de retenção do ISS pelos tomadores de serviço no sistema da Prefeitura de São Paulo, abstendo-se da prática de quaisquer atos de cobrança da exação.

O Ministério Público deixou de exarar parecer, por não ser caso de sua intervenção (fls. 88/90).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária, por força do art. 14, § 1º da Lei 12.016/2009.

Mas o recurso oficial não merece provimento.

Verifica-se que em 01.03.2021, o Supremo Tribunal Federal julgou, sob o rito da repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 1167509/SP – Tema

Acesso ao Sumário

1.020, no qual, por maioria de votos, foi fixada a seguinte tese:

> "É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da ret**enção do Imposto Sobre Serviços - ISS quando descumprida a obrigação acessória".**

Assim, ressalvado meu entendimento anterior quanto à legalidade da legislação paulistana que instituiu referido cadastro, rendo-me à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, para, nos termos da sentença, declarar a não obrigatoriedade de inscrição da apelada no Cadastro de Prestador de Serviço de outro município, bem como afastar a imposição das penalidades pelo não cadastro.

Ressalto, no entanto, que o Município, nos termos da legislação e dentro de sua competência, mantém a sua prerrogativa de proceder às fiscalizações necessárias, caso identifique fraude ou recolhimento a menor do tributo, utilizando-se das medidas legais e judiciais pertinentes.

Dessa forma, de rigor a manutenção da sentença.

Diante do exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0021591-86.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante RONE PETISON PEREIRA CUSTODIO, 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 23.062)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Falta grave apurada em sindicância – Posse de substância entorpecente – Consistentes depoimentos dos agentes de segurança penitenciária – Falta disciplinar de natureza grave bem reconhecida, a teor do artigo 52 da Lei n. 7.210 de 1984 – Independência entre as esferas criminal e administrativa – Interrupção do prazo para a obtenção da progressão de regime e perda dos dias remidos – Consequências legais da prática de falta grave – Recurso de agravo em execução desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por **RONE PETISON PEREIRA CUSTÓDIO** contra a decisão que reconheceu a ocorrência de falta grave, declarou a perda de 1/3 dos dias remidos e determinou a interrupção do lapso para fins de progressão de regime.

Na minuta de agravo, a Defesa sustenta ter havido arquivamento do in-

quérito policial por insuficiência de provas, a tornar inviável o reconhecimento da falta grave consistente na prática de novo crime.

Regularmente processado, o recurso foi respondido, sendo mantida a decisão agravada.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento 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.

O incidente ocorrido em 21 de setembro de 2020, apurado em procedimento disciplinar e classificado como falta grave pelas autoridades administrativas, decorreu da conduta do agravante, que mantinha em depósito uma porção de "maconha sintética", costumeiramente denominada "K4", além de anotações relativas a contas bancárias diversas.

Ouvido em sindicância o agravante negou os fatos, alegando que os itens apreendidos não lhe pertenciam.

A seu turno, os agentes penitenciários Expedito Cardoso Júnior e Rodrigo Pereira dos Reis deram conta de que receberam denúncia anônima informando sobre a prática do crime de tráfico de drogas pelo agravante. Disseram ainda que acorreram ao local indicado e ali encontraram uma porção da droga conhecida por "K4", além de dois papéis, nos quais havia informações bancárias de Nelson de Oliveira e de Glória Stefany Custódio Lucas, sobrinha do sentenciado.

Vale ressaltar que os relatos dos servidores públicos envolvidos na ocorrência são coerentes e não foram confrontados por qualquer outra prova, não se observando qualquer discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, mesmo porque não consta dos autos que eles tivessem algum motivo para injustamente acusarem o sentenciado.

A palavra de agentes de segurança penitenciária e de outros agentes do serviço público não pode ser infirmada sem motivo comprovado. O simples fato de exercerem a função de segurança não lhes retira a possibilidade de prestar depoimento em processo administrativo ou em juízo, nem afasta automaticamente a credibilidade de suas narrativas.

Portanto, tais agentes não estão impedidos de depor, nem se pode lançar suspeição sobre suas declarações se para tanto não existirem razões plausíveis.

Destarte, respeitado o entendimento em contrário, parece bem caracterizada a prática de falta disciplinar de natureza grave, a teor do artigo 52 da Lei nº 7.210 de 1984.

Acesso ao Sumário

A narrativa dos agentes penitenciários responsáveis pela apreensão da droga e das anotações é coesa e bem indica a ligação do agravante com a venda de entorpecentes no interior do estabelecimento penitenciário.

Embora a apreensão da substância entorpecente tenha ocorrido em local de livre acesso aos demais sentenciados, a existência das informações bancárias relativas à sobrinha do agravante é suficiente a demonstrar a sua conexão com a droga apreendida.

E quando ouvida nos autos do inquérito policial, a sobrinha do agravante confirmou a utilização de sua conta bancária por seu tio, embora não soubesse esclarecer a origem dos valores depositados, a mais robustecer o contexto probatório.

Ainda, é oportuno consignar que o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a teor da Súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça.

Há de se observar a independência das esferas penal e administrativa, cujos efeitos não se confundem a primeira resulta na imposição da pena, ao passo que a segunda leva ao recrudescimento das condições de cumprimento de pena já imposta.

Conquanto aqui tenha ocorrido o arquivamento do inquérito policial instaurado para a apuração do crime de tráfico de drogas, em face da insuficiência de provas, tal decisão não faz coisa julgada material, tampouco afeta a conclusão havida na seara administrativa.

Nesse sentido, a jurisprudência:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Indeferimento de pedido de progressão de regime – Requisito objetivo – Recurso da Defesa – Retificação do cálculo já determinada em sede de Habeas Corpus – Recurso prejudicado quanto ao tema – Desconstituição de falta grave – Descabimento – Arquivamento do inquérito policial por falta de provas, que não vincula o Juízo das Execuções – Lapso temporal não implementado – Agravo desprovido.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0002024-36.2021.8.26.0496; Relator (a): Fernando Torres Garcia; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 – Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 20/04/2021; Data de Registro: 20/04/2021)

De outra face, com respaldo no artigo 127 da Lei de Execução Penal, a declaração da perda de 1/3 dos dias remidos é consequência lógica do quanto regularmente apurado na sindicância, e esta fração foi aplicada à luz dos parâmetros da legislação pertinente.

Acesso ao Sumário

A meu ver, a declaração da perda dos dias remidos em patamar inferior a este não seria eficaz à repressão do comportamento, que se mostrou grave, pois o consumo de drogas no interior das unidades penitenciárias impede a ressocialização dos encarcerados.

Já a interrupção do prazo para obtenção do benefício da progressão era mesmo de rigor, pois trata-se da sanção aplicável àquele que, no decorrer do cumprimento de pena, comete falta disciplinar de natureza grave, a teor do artigo 112, §6, da Lei de Execução Penal.

Tal entendimento também foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula nº 534: *"A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração"*.

ASSIM, PELO MEU VOTO, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO EM EXECUÇÃO.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1514522-77.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado SIMONY DANNIELI DE OLIVEIRA FARIA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento a ambos os recursos, ao da acusação para majorar as penas da ré a 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e 21 (vinte e um) dias-multa, e cancelar a substituição da corporal por restritiva de direitos, e ao da Defesa para reduzir ao piso legal o valor unitário da sanção pecuniária, mantida, no mais, a sentença impugnada. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.277)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 3 de outubro de 2022.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PECULATO MAJORADO. Ré que exercia cargo de Diretora de Pagamento da Universidade Estadual de Campinas UNICAMP. Apropriação de valores pecuniários pertencentes à instituição de ensino. Recursos da acusação e da Defesa. Prova robusta da autoria, da materialidade delitiva e do dolo da conduta. Inexistência de situação de estado de necessidade. Impossibilidade de absolvição. Condenação mantida. Básicas corretamente estabelecidas no piso legal. Na terceira fase, corretos os aumentos sucessivos de um terço (art. 327, § 2º, CP) e de dois terços (continuidade delitiva), afastada, agora, a redução de um terço pelo arrependimento posterior, inocorrente na hipótese. Valor unitário da sanção pecuniária, contudo, que deve retornar ao patamar mínimo, diante da situação financeira da acusada. Cancelamento da substituição da corporal que é de rigor. Regime aberto mantido, diante da ausência de impugnação expressa pelo órgão ministerial. Apelos parcialmente providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pela JUSTIÇA PÚBLICA e por SIMONY DANNIELI DE OLIVEIRA FARIA de sentença (complementada às fls. 746) que a condenou, como incursa no artigo 312, c.c. o artigo 327, § 2º, ambos do Código Penal, às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, de valor unitário equivalente a 01 (um) salário mínimo, substituída a corporal por prestação pecuniária de 72 (setenta e dois) salários mínimos.

A acusação postula a majoração das reprimendas, mediante a fixação das básicas acima do piso legal e o afastamento da causa de diminuição do arrependimento posterior e o cancelamento da substituição da privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, do Código Penal, ou que a substituição seja por duas restritivas de direitos (fls. 757/761).

A Defesa busca a absolvição, sob a alegação de que a ré agiu em estado de necessidade, e, subsidiariamente, a isenção das penas, diante do ressarcimento do dano, e a redução do valor unitário da multa e da prestação pecuniária substitutiva (fls. 802/808).

Os recursos foram processados e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento dos apelos, ao da acusa-

Acesso ao Sumário

ção para exclusão da regra prevista no artigo 16, do Código Penal, e da substituição prevista no artigo 44, do mesmo diploma legal (ou, em caso de manutenção de tal medida, que a corporal seja também substituída por prestação de serviços à comunidade), além do recrudescimento do regime prisional para o semiaberto, e ao da Defesa para redução do valor unitário da pena de multa (fls. 868/874).

É o relatório.

Consta da denúncia de fls. 534/540 que, no período compreendido entre 27 de abril de 2017 e 06 de agosto de 2018, nas dependências da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, situada na Cidade Universitária "Zeferino Vaz", distrito de Barão Geraldo, em Campinas, SIMONY DANIELLI DE OLIVEIRA FARIA, funcionária pública da mencionada autarquia estadual, ocupante de função de direção de órgão da administração direta, por 31 (trinta e uma) vezes, subtraiu valores no total de R$ 152.805,80, pertencentes à instituição de ensino.

Os apelos comportam parcial acolhimento.

A materialidade delitiva restou comprovada pelos documentos (fls. 02/18, 81/225 e 245/516) e pela prova oral.

A autoria está igualmente demonstrada, tendo em vista que Everaldo Pinheiro declarou que, quando dos fatos, era Diretor de Divisão e superior hierárquico da ré (Diretora da Folha de Pagamento). Em 10 de agosto de 2018, foi procurado por João Carlos Curti, Diretor da Área de Informática, que lhe comunicou sobre indícios de manipulação das folhas de pagamento. Na mesma data, contatou o Banco do Brasil, o qual lhe remeteu informe indicando que, nos últimos três meses, a acusada havia recebido valores superiores aos que lhe eram devidos. Relatou a questão ao Reitor da Universidade e ele suspendeu a denunciada preventivamente. E, segundo constatado nas apurações, após o fechamento das folhas de pagamento mensais e complementares, SIMONY utilizava seus usuário e senha para adulterar os arquivos a serem encaminhados ao setor de contabilidade da Universidade e ao banco, mediante o lançamento de valores a maior, a fim de serem contabilizados nos registros de outros servidores e, ao final, creditados na conta bancária dela. Ademais, a acusada incluía férias nos sistemas, com o propósito de receber verbas decorrentes da sua fruição e, após a contabilização destas em seu favor, excluía os respectivos registros. Em razão do cargo que ocupava, a denunciada estava investida de poderes para proceder às mencionadas alterações nos sistemas, a partir do seu usuário e da senha, dados esses pessoais e que não poderiam ser compartilhados com outros servidores (gravação digital).

João Carlos Curti, Diretor da Área de Informática, afirmou que o analista de sistema Gilberto Jordão identificou que, após o processamento das folhas de pagamento, arquivos eram manipulados manualmente para alteração dos ven-

Acesso ao Sumário

cimentos de servidores. Após averiguações, constatou-se que referidas alterações foram realizadas nos arquivos de texto gerados pelo sistema, ao final do processamento das folhas de pagamento, com o propósito de serem lançados vencimentos a maior para alguns funcionários, sendo tais valores, posteriormente, creditados em favor da ré. Verificou-se que esses procedimentos foram efetivados a partir do usuário e do computador da acusada, conforme registrado nos *logs* do sistema, os quais guardam informações sobre o horário e o tipo de ação promovida nos arquivos, além do IP do aparelho e do usuário utilizados para tanto. João confirmou, ainda, que SIMONY inseriu e excluiu inúmeros registros de férias no sistema, com o intuito de receber as quantias correspondentes, sendo os respectivos registros excluídos para que a prática fosse reiterada (gravação digital).

O analista de sistemas da UNICAMP Gilberto Jordão relatou o *modus operandi* utilizado pela ré para proceder às indevidas inserções nos sistemas da Universidade, destacando que SIMONY detinha acesso irrestrito ao sistema de folha de pagamentos, podendo realizar alterações nele, razão pela qual as inconsistências verificadas não poderiam decorrer de erros do sistema (gravação digital).

Iracy Maria Rodrigues Antunes, funcionária do Banco do Brasil, esclareceu que a instituição financeira recebia a folha de pagamentos da Universidade, constando os nomes de todos os servidores. Ao gerente do banco era repassado somente o valor total a ser pago. Chegou a tratar de assuntos financeiros com SIMONY. À época dos fatos, foi contatada por funcionários do setor de recursos humanos da UNICAMP, em razão de divergências de valores creditados e a creditar. Diante disso, acessaram os "arquivos-retorno", ou seja, a autenticação de todos os valores pagos pela Universidade em determinado período de tempo, com base no que foi possível a aferição dos débitos e das pessoas beneficiadas com os respectivos créditos (gravação digital).

As declarações e depoimentos colhidos mostram-se harmônicos, lógicos, coerentes e livres de dúvidas, nada indicando intenção deliberada de prejudicar a acusada.

A ré, por sua vez, permaneceu silente nas duas fases da persecução penal (fls. 54/55 e gravação digital).

Como bem consignado na r. sentença, ***"As robustas provas documentais demonstram, sem qualquer sombra de dúvida, que ela, por trinta e uma vezes, subtraiu recursos públicos valendo-se da facilidade que o cargo de Diretora de Pagamentos, da Diretoria Geral de Recursos Humanos da UNICAMP lhe proporcionava. Com efeito, as planilhas acostadas a fls. 293/295, corroboradas pelos créditos realizados indevidamente em sua conta, oriundos da universidade cuja folha de pagamento, em última análise, era de sua res-***

ponsabilidade, evidenciam que ela, reiteradamente, no período citado na denúncia, promoveu alterações nos arquivos das folhas de pagamento mensal e complementar, bem como no sistema informatizado das férias, subtraindo da ofendida R$ 152.805,80. Segundo constatado pela comissão processante permanente, no processo administrativo disciplinar (fls. 464/474), no tocante às folhas de pagamento mensal e complementar, a conduta da ré consistiu em adulterar os arquivos denominados de "Contabilizar" e de "Relação Bancária", gerados pelo sistema de pagamento da ofendida, os quais eram respectivamente encaminhados à Diretoria Geral da Administração DGA e ao Banco do Brasil. Por meio deste expediente, ela elevou os valores a serem recebidos por alguns servidores da universidade no arquivo "Contabilizar" e inseriu a informação na "Relação Bancária" de que tais valores a mais deveriam ser creditados em sua conta bancária. Tal conduta dificultou a fiscalização da ofendida, que possui com milhares de servidores, de sorte que, ao menos inicialmente, não foi possível a conferência do montante destinado a cada um deles. Ademais, a fim de não levantar suspeitas, a denunciada fez constar valores totais iguais nos aludidos documentos. Quanto à folha de pagamento de férias, a denunciada, no sistema informatizado "Velorh", incluiu para si mesma eventos referentes à fruição daquelas, a fim de receber as verbas a elas decorrentes, mas depois da contabilização das férias excluiu os eventos do sistema, o que lhe permitiu repetir a ação por diversos meses. A par disso, verificou-se que todas as manipulações indevidas foram realizadas por meio do usuário de sistema da ré, no computador dela e registradas pelos "logs" do sistema da UNICAMP, consoante fls. 352/354".

Diante desse quadro, restou comprovado que SIMONY, na qualidade de funcionária da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP (Diretora de Pagamento da DGRH), manipulou as folhas de pagamento para, a partir de seus usuário, senha e computador, lançar valores a maior a título de vencimentos de outros servidores e de férias, e, ao final, se apropriar das respectivas quantias pecuniárias, que, somadas, alcançaram o montante de R$ 152.805,80, de modo que patentes a autoria, a materialidade e o dolo do crime de peculato.

Assim, não há se falar em absolvição, inclusive, pelo (posterior) ressarcimento dos valores indevidamente apropriados pela ré, por força de condenação em ação civil de improbidade administrativa, não estando configurada, na hipótese, a excludente de ilicitude prevista nos artigos 23, inciso I, e 24, ambos do Código Penal, uma vez que SIMONY não comprovou ter agido em estado de necessidade, mesmo porque os alegados problemas pessoais e familiares, como ela mesma sustenta nas razões recursais (fls. 802/808), vinham desde os seus treze anos de idade, não se tratando, consequentemente de ação destinada a ***"salvar perigo atual"***. De qualquer modo, a teor da manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça, ***"O acolhimento da tese trazida na apelação***

Acesso ao Sumário

da ré significaria transferir aos cofres públicos da autarquia estadual o ônus pelas dificuldades financeiras pessoais enfrentadas pelos seus servidores, tornando lícitos os desvios de recursos públicos por todos os funcionários que enfrentassem graves problemas financeiros. Certamente, não há estado de necessidade em situações dessa natureza, cabendo se compreenda como ilícita a conduta da apelante" (fls. 871).

Contudo, deve ser afastada a aplicação da regra estabelecida no artigo 16, do Código Penal consoante pleiteado pelo órgão ministerial -, uma vez que o pagamento pela acusada do valor de R$ 243.130,90, não representou situação de arrependimento posterior, pois, além de realizado somente em 27 de outubro de 2021 (fls. 638/640), portanto, após o recebimento da denúncia (em 30 de novembro de 2020 – fls. 542/543), ele não se deu de forma voluntária, já que decorrente de condenação em sede de ação civil de improbidade administrativa.

Passa-se à análise das penas.

As básicas partiram corretamente do piso legal, pois a conduta delitiva não extrapolou os limites ordinários do tipo penal, destacando-se que a habitualidade das ações criminosas foi considerada a título de continuidade delitiva.

Na última etapa, as penas sofreram aumento de um terço (artigo 327, § 2º, do Código Penal), uma vez que a ré cometeu as infrações no exercício de cargo de direção, devendo ser mantido, ainda, o acréscimo de dois terços (artigo 71, do Código Penal), diante da continuidade delitiva (trinta e uma vezes).

Dessa forma, pelas operações ora realizadas, as penas concretizam-se, agora, em quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão e vinte e um dias-multa.

Por outro lado, é de rigor a fixação da sanção pecuniária no valor unitário mínimo, já que a acusada não possui situação financeira a justificar a imposição da pena de multa no patamar individual de um salário mínimo, considerando a informação de que ela percebeu, em outubro de 2021, remuneração de R$ 3.007,91 (fls. 688/692).

Diante do *quantum* final da corporal, superior a quatro anos, impõe-se o cancelamento da substituição por restritiva de direitos (artigo 44, inciso I, do Código Penal), mantendo-se o regime prisional aberto, diante da ausência de impugnação específica pelo órgão ministerial.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento a ambos os recursos, ao da acusação para majorar as penas da ré a 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e 21 (vinte e um) dias-multa, e cancelar a substituição da corporal por restritiva de direitos, e ao da Defesa para reduzir ao piso legal o valor unitário da sanção pecuniária, mantida, no mais, a sentença impugnada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505698-09.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEANDRO REIS LUZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por Leandro Reis Luz para afastar os maus antecedentes reconhecidos e reduzir a pena a ele imposta e 3 meses de detenção, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 10 dias-multa. Inalterada, no mais, a r. sentença condenatória. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.403)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 11 de outubro de 2022.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: ART. 65, DA LEI 9.605/98 – ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade – Segura demonstração da materialidade e autoria delitivas – Conduta que se revela típica, seja pela efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, seja pelo cauteloso cotejo da vida pretérita do réu, maculada pela reincidência que carrega – Recurso defensivo parcialmente provido para reduzir a pena.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 167 e s., que passa a fazer parte deste voto, cabe acrescentar que se trata de recurso de apelação interposto por **Leandro Reis Luz**, inconformado com a decisão que o condenou às penas de 04 meses e 02 dias de detenção, no regime inicial semiaberto, além de 12 dias-multa (no mínimo legal), pela prática do crime previsto pelo art. 65, da Lei 9.605/98.

A Defesa, em suas razões de recurso (fls. 184/189), em síntese pede a absolvição pela atipicidade da conduta, que tem por insignificante. Destaca que o apelante, à época, vivia em situação de rua, pelo consumo de crack e álcool. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base ao piso, o reconhecimento da

Acesso ao Sumário

atenuante da confissão espontânea, a redução da pena, no patamar máximo, pelo arrependimento posterior, e a suspensão das custas processuais.

O Ministério Público apresentou suas contrarrazões a fls. 195/198 e a D. Procuradoria de Justiça ofereceu seu parecer, opinando pelo desprovimento do apelo (fls. 205/209).

É o relato do necessário.

Narra a denúncia que o apelante, no dia 31 de agosto de 2020, conspurcou edificação urbana mediante pichação. Detalha, expondo que o acusado, usando uma lata de tinta e um rolo, pichava o muro de uma residência quando abordado por policiais militares. Em seu poder localizaram uma lata de tinta e um rolo de pintura.

Iniciando-se pela prova pericial, o laudo de fls. 41/45 descreve pichação, reproduzida na fotografia de fls. 43, e o material empregado para tanto, trazido a fls. 44. A prova oral, em seu turno, foi trazida aos autos digitais a fls. 155.

William Gonçalves de Quevedo, policial militar, disse que patrulhava quando avistaram o réu pichando o muro. Abordado, encontraram a lata de tinta azul e o rolo, apresentando-os no distrito policial.

Luis Henrique Rocha, também policial militar, manifestou-se, em síntese, no mesmo sentido.

Interrogado em juízo, **Leandro** disse que morava na rua e fazia uso de crack e álcool. Fazia reciclagem pela região. No dia dos fatos, na madrugada, procurava materiais para reciclagem e achou a lata de tinta com o rolo de pintura. Pegou-os e escreveu o nome de um time de futebol de seu bairro na parede. Surgiu a polícia militar e o abordou. Pediu desculpas aos moradores da casa.

Essas, em síntese, as provas dos autos, diante das quais perde força o pleito absolutório.

Inconteste, destarte, a autoria delitiva, confessada pelo réu em juízo e, também, narrada pelos dois policiais ouvidos como testemunhas.

O pleito defensivo, todavia, repousa na alegada atipicidade da conduta, que se passa a examinar.

Quanto a esse tema, posto que mais clara, transcreve-se a orientação jurisprudencial:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PACIENTE REINCIDENTE EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, INCLUSIVE LATROCÍNIO. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES COMPROVADOS. REGIME INICIAL ABERTO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO

Acesso ao Sumário

ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de "certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009).

3. A reiteração no cometimento de infrações penais se reveste de relevante reprovabilidade e, em regra, se mostra incompatível com a aplicação do princípio da insignificância.

4. Assentado pela Corte de origem, com base na folha de antecedentes do acusado, o efetivo trânsito em julgado das condenações anteriores, sendo uma configuradora da reincidência, descabe o pleito de afastamento dessas circunstâncias para reduzir a pena do paciente.

5. Não obstante o paciente tenha sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis constituem óbices ao pretendido regime inicial aberto.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 328.784/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/10/2015, DJe de 13/10/2015. Grifos da reprodução.)

Firmada essa premissa, o laudo e fotografia juntados aclaram que não se trata de pequena escrita, em local já dilapidado. Ao revés, as letras pichadas tomam o muro por completo. Além disso, cuida-se de apenado que ostenta múltiplas persecuções penais pretéritas, carregando a mácula da reincidência. Nesse sentido:

Apelação. Crime ambiental. Pichação. Recurso da defesa.

1. Condenação adequada. Materialidade demonstrada pela prova

Acesso ao Sumário

> técnica. Autoria comprovada. Depoimentos firmes dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante. Réu confesso. 2. Inaplicabilidade da descriminalizante prevista pelo art. 65, §2º, da Lei de Crimes Ambientais. Inexistência de autorização por parte do proprietário, locador ou arrendatário para a prática do grafite. 3. Pleito objetivando a aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Acusado reincidente. Indícios de reiteração delitiva. Requisitos da infração bagatelar não previstos. Precedentes do STJ e do TJSP. 4. Dosimetria. Pena-base fixada no limite mínimo. Reincidência compensada com confissão espontânea. Regime aberto mantido. Substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. 5. Recurso improvido.
>
> (TJSP; Apelação Criminal 0036309-76.2017.8.26.0114; Relator (a): Marcos Alexandre Coelho Zilli; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/12/2021; Data de Registro: 03/12/2021)

Certa a condenação, portanto. Parte-se à pena.

A pena-base foi acrescida por condenação no feito de número 0082363-21.2005.8.26.0050, conforme fls. 25. Todavia, tal feito resultou no reconhecimento da extinção da punibilidade do réu, pela prescrição da pretensão punitiva. Não dá fundamentos, portanto, ao reconhecimento de seus maus antecedentes. Partirá a pena, por tal razão, do piso.

Na segunda fase, a reincidência (fls. 24) foi tida por preponderante em relação à confissão; todavia, nada impede a integral compensação, conforme consolidada jurisprudência superior.

Não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição, sedimentando-se a pena, no cálculo atual, no mínimo legal (3 meses de detenção, além de 10 dias-multa).

Todavia, apesar da redução ora realizada, sua reincidência realmente demanda o recrudescimento do regime, em interpretação teleológica do art. 33, do Código Penal. Além disso, nota-se que o presente delito foi cometido menos de duas semanas após o trânsito em julgado da condenação anterior (imposta em regime semiaberto), a demonstrar a necessidade de maior rigor.

Em seguida, e em atenção a um dos pleitos subsidiários formulados, impossível o reconhecimento do arrependimento posterior, posto que inexiste notícias da reparação do dano por ato voluntário do agente.

Por fim, descabido o afastamento das custas, apesar da gratuidade da justiça reconhecida em sentença, posto que elas têm amparo legal (Lei Estadual nº 11.608/03). Efetivamente, caberá ao Juízo da Execução avaliar a miserabilidade do sentenciado, examinando suas condições socioeconômicas para o pagamen-

Acesso ao Sumário

to, sem prejuízo para o seu sustento e de sua família. A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que *"o réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei 1.060/50. Precedentes. A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase da execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação"* (REsp. 400.682, Rel Min. Laurita Vaz, DJ 17/11/2003,). No mesmo sentido: REsp. 262.961, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 17.06/2002; REsp. 263.021, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 18.03/2002 e REsp. 81.304, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 14/09/98.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por **Leandro Reis Luz** para afastar os maus antecedentes reconhecidos e reduzir a pena a ele imposta e 3 meses de detenção, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 10 dias-multa. Inalterada, no mais, a r. sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 3000788-19.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado LUCIVAL JOSE DE MORAIS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar arguida e, negaram provimento aos recursos. V.U. Usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino e sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Ricardo Tadeu Illipronti", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.453)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 25 de outubro de 2022.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATI-

Acesso ao Sumário

VA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA) – A DEFESA PRETENDE A NULIDADE DO JULGAMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE QUESITO ESPECÍFICO SOBRE A DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA OU ARREPENDIMENTO EFICAZ – INOCORRÊNCIA – NO MÉRITO, PRETENDE A RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO E A REDUÇÃO DA PENA APLICADA – IMPOSSIBILIDADE – A DECISÃO DOS SENHORES JURADOS NÃO É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – A PENA FOI FIXADA COM CRITÉRIO E PONDERAÇÃO, JUSTIFICADOS OS ACRÉSCIMOS – SENTENÇA MANTIDA – PRELIMINAR REJEITADA E RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

LUCIVAL JOSÉ DE MORAIS foi condenado pelo r. Juízo da Vara do Júri da Comarca de GUARULHOS, nos autos do Processo nº 3000788-19.2013.8.26.0224, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Pablo Rodrigo Palaro de Camargo*, como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, sendo negado o apelo em liberdade (fls. 1263/1268).

O apelante foi processado porque, no dia 10 de fevereiro de 2013, agindo com intenção homicida, prevalecendo-se de relações íntimas de afeto, por motivo fútil e utilizando-se de recurso que dificultou a defesa da ofendida, tentou matar Patrícia de Moraes Pinto, sua ex-companheira, efetuando contra ela disparos de arma de fogo, causando os ferimentos descritos em laudo de exame de corpo de delito de fls. 228/230, complementos de fls. 979/981 e 1222/1225, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Apela o representante do Ministério Público pleiteando a exasperação da pena aplicada (fls. 1326/1332).

Apela também LUCIVAL pleiteando, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade do processo, por ausência de quesito atinente à *"desistência voluntária ou arrependimento eficaz"*. No mérito, pretende a renovação do julgamento, pois entende que a decisão dos Senhores Jurados é contrária à prova dos autos. Pretende, ainda, a desclassificação da conduta para crime de lesão corpora, que seja afastadas as qualificadoras reconhecidas e reduzida a pena, pois

Acesso ao Sumário

estão ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, além de ter havido *"bis in idem"*, pois a motivação fútil teria sido utilizada tanto para qualificar o crime como para agravar a pena na segunda fase. Pleiteou por fim, redução maior pela tentativa, já que desistiu de prosseguir na execução do crime (fls. 1292/1313).

Contrariado o recurso (fls. 1334/1358 MP; e 1370/1375 LUCIVAL), o douto Procurador de Justiça Dr. Paulo Sérgio de Castilho opina pelo desprovimento do recurso da defesa e provimento ao recurso do Ministério Público, para aumentar a pena (fls. 1395/1405).

É o relatório.

Não obstante o esforço demonstrado por ambas as partes, a r. sentença, prolatada em conformidade com a decisão dos Senhores Jurados, fixou a pena de forma escorreita e não comporta reparos.

Não há máculas no julgamento e a decisão do Conselho de Sentença não é manifestamente contrária à prova dos autos.

Consta dos autos que já havia histórico grave de diversos episódios de violência doméstica entre réu e vítima, tudo devidamente registrados por Boletins de Ocorrência e pelos depoimentos colhidos em contraditório, tanto da filha do casal, quanto da testemunha Vanderson, amigo da vítima.

Diante disso, a vítima Patrícia rompeu o relacionamento e já havia deixado o lar conjugal com a filha comum, mudando-se para outro imóvel.

Não obstante, o apelante não aceitava o fim da relação. No dia dos fatos, o apelante, dissimuladamente, compareceu já armado na atual residência da vítima dizendo que queria ver a filha.

No entanto, o acusado já havia planejado a morte da ex-companheira. Depois de travar breve diálogo com a filha, o apelante invadiu o imóvel em que a vítima estava e passou a desferir disparos de arma de fogo contra a vítima, que tentou se abrigar em um dos cômodos e proteger a própria filha, mas foi atingida no pescoço, em região vital, e caiu ensanguentada no local.

Vendo que já havia atingido mortalmente a vítima e diante da iminência da chegada da polícia e de vizinhos, o apelante se evadiu do local.

Em Plenário, feitos os debates e esclarecidos os Senhores Jurados quanto aos fatos em julgamento, houve insurgência da Defesa quanto aos quesitos propostos, pois pretendia fosse elaborado quesito específico sobre a hipótese de desistência voluntária ou arrependimento eficaz.

Constou da ata de julgamento o esclarecimento feito pelo Magistrado: *"Tratando-se a tese de arrependimento eficaz, não deve ser realizado quesito próprio nesse sentido. Afirmando os jurados que houve a tentativa, estarão a reconhecer que não se consumou por motivos alheios à vontade do agente. Negando os jurados que houve tentativa, então estarão a reconhecer que o crime*

Acesso ao Sumário

não se consumou em razão do arrependimento eficaz do agente do fato, o que resultaria na desclassificação do crime para outro que não doloso contra a vida. Nesse sentido, Walfredo Campos (Tribunal do Júri, Teoria e prática, ed. 7ª ed., p. 1.199-1.201). Em exemplo similar ao quesito aqui realizado, Guilherme de Souza Nucci (Tribunal do Júri, 8ª ed., p. 352-353)" (fls. 1260).

Nada mais precisaria ser dito.

Ora, não há que se falar no caso em tela em desistência voluntária, nem tampouco arrependimento eficaz.

Retratam os autos que o apelante empreendeu todos os meios necessários para a consumação delitiva, efetuando disparos de arma de fogo contra a vítima e a atingindo na região do pescoço, região vital.

De fato, o resultado morte só não ocorreu diante do eficaz socorro médico a ela prestado, pois teve artéria rompida e só não foi a óbito por verdadeiro milagre.

Diante dos relatos colacionados ao feito, extrai-se que Patrícia foi "desenganada" pelos médicos, quer porque sofreu um AVC isquêmico em virtude dos disparos, quer porque foi acometida de infecção hospitalar.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI traz a seguinte consideração: *"a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida"* (Código de Processo Penal, 11ª Ed., São Paulo: RT, 2012, pág. 1032/1033). Conferir, também, no mesmo sentido, *STJ, Resp 785.122-SP, 6ª T., Rel. OG FERNANDES (julgado em 19.10.2010, v.u.).*

O mesmo deve ser dito quanto as qualificadoras reconhecidas, que se harmonizam com a versão acusatória, acolhida pelos jurados.

Bem lançada a condenação, passa-se ao exame da dosimetria penal aplicada.

Nenhum reparo a ser feito.

Foram reconhecidas duas qualificadoras, que guardam nítida relação com a descrição dos fatos, já que o apelante não aceitava o fim do relacionamento (motivação fútil, banal e absolutamente desproporcional ao crime cometido), e empregou recurso que dificultou a defesa da vítima ao simular uma visita à filha para conseguir acesso à residência dela e, assim, surpreendê-la, de modo que ela não pôde esboçar reação eficaz ao ataque perpetrado.

Acesso ao Sumário

Na primeira fase, foram ponderados os maus antecedentes (fls. 1179/1184 e 1238/1240) e a as circunstâncias desfavoráveis, consequências do crime, pois a investida ocorreu na presença da filha do casal e ocorreu dentro do no lar vítima e da filha comum, local reservado à vivência tranquila e segura da família.

Como se viu, a vítima relatou ter suportado sequelas gravíssimas decor-

rentes do cometimento da infração penal em questão, tais como dificuldade de fala, necessidade de reaprendizado da deglutição e do ato de caminhar, além de ter sofrido lapsos de memória - incluindo a incapacidade para reconhecer sua própria filha durante certo período (fls. 986 e 1259).

Destaca-se que o laudo de exame de corpo de delito de fls. 228/230 e seus complementos a fls. 979/981 e 1222/1225 indicam ter a ofendida permanecido incapacitada para o exercício de suas funções habituais por mais de 30 (trinta) dias; sido acometida de acidente vascular cerebral isquêmico (AVC); e suportado diminuição de sua força do lado direito do corpo.

Pena-base fixada em 14 (catorze) anos e 03 (três) meses de reclusão. Desnecessário acréscimo maior, como pretende o Ministério Público.

Na segunda fase, a atenuante da confissão foi compensada com a segunda qualificadora, o motivo fútil, e a pena permaneceu inalterada.

A r. sentença está estruturada de forma clara. Sendo duas as qualificadoras, o recurso que dificultou a defesa da vítima foi empregado na primeira etapa. A segunda qualificadora, o motivo fútil, foi empregada como circunstância agravante, de modo que não há falar em *"bis in idem"*.

Pretende o Ministério Público a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea *"f"*, do Código Penal: *"com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica"*.

Razão não lhe assiste, *data maxima venia*.

Indicam os autos e o depoimento da vítima o relacionamento já havia se rompido e a ofendida estava residindo com a filha no novo imóvel há cerca de 05 (cinco) meses. Não havia, mais, coabitação.

Por fim, na terceira fase, não há como afastar a conclusão de que o *"iter criminis"* foi quase integralmente percorrido pelo réu, que atingiu a vítima com disparo de arma de fogo em região vital, no pescoço.

Por isso, razoável e justificada a redução mínima pelo *conatus*, de apenas 1/3 (um terço), resultando na pena final de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A quantidade de pena aplicada, superior a 08 (oito) anos exige regime fechado e obsta benefícios como permuta ou *sursis*.

Subsiste, assim, integralmente a r. sentença, que fica mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, todos aqui incorporados como razão de decidir.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeita-se a preliminar arguida e, nega-se provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1512566-21.2021.8.26.0114, da Comarca de Paulínia, em que é apelante/apelado JUAN PABLO DO NASCIMENTO OLIVEIRA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelada JÉSSICA CRISTINA REOLON.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO do Ministério Público e DECLARARAM NULA a despropositada ""segunda sentença" (fls. 464/466).V.U. Também unanimemente, acolheram a sugestão do Eminente Desembargador Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva, no sentido de ser oficiado à Egrégia Corregedoria Geral de Justiça, não a título punitivo, mas, sim, com o intuito didático, comunicando-se ao magistrado sentenciante sobre o equívoco reconhecido quando do julgamento da apelação em sessão realizada nesta data, a critério de sua Excelência, Desembargador FERNANDO TORRES GARCIA". Comunique-se e, com o trânsito em julgado do V. Acórdão, remetam-se os autos à origem para o reestabelecimento do prazo recursal às partes diante da sentença a fls. 426/432. Usou da palavra o EXMO. Procurador de Justiça dr. Walter Tebet Filho. Sustentou oralmente o adv. dr. Adilson Adriano Messias.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.979)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA e RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 27 de outubro de 2022.

FARTO SALLES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. Corréus condenados em primeiro grau, com posterior retratação "ex officio" do magistrado singular. Prolação de "segunda sentença" absolvendo JÉSSICA CRISTINA, com o redimensionamento da pena atinente a JUAN PABLO, afastada a majorante do concurso de agentes. Novo decisório fulminado pela preclusão "pro judicato" e consumativa. Ofensa à segurança jurídica. Recurso da Justiça Pública acolhido para declarar nula a "segunda sentença", prejudicada a análise do mérito do apelo defensivo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela sentença a fls. 426/432, cujo relatório se adota, JUAN PABLO DO NASCIMENTO OLIVEIRA e JÉSSICA CRISTINA REOLON, qualificados nos autos, foram condenados a cumprir, o primeiro, pena de dez (10) anos de reclusão em regime inicial fechado, bem como a proceder ao pagamento de multa no importe de vinte e três (23) diárias, enquanto, a segunda, de cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão em retiro inicial semiaberto, mais treze (13) dias-multa, unidade das pecuniárias no piso, como incursos no artigo 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I, na forma do artigo 29, *caput*, ambos do Código Penal, vedada a JUAN PABLO a apresentação do recurso em liberdade.

Após a publicação da sentença, o juiz singular, de ofício, alterou o decisório e absolveu JÉSSICA CRISTINA, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, afastando-se, diante de JUAN PABLO, a majorante atinente ao concurso de pessoas, com o redimensionamento da pena, agora estipulada em sete (7) anos e seis (6) meses de reclusão em regime inicial fechado, mais dezoito (18) dias-multa (fls. 464/466).

Inconformados, apelam o Ministério Público e a Defesa de JUAN PABLO (fls. 477 e 490), vindo as razões dos reclamos a fls. 478/483 e 491/509. Argui a Justiça Pública a nulidade da "segunda sentença", destacando a impossibilidade de revisão/retratação do julgado de ofício. Propugna, assim, o reestabelecimento da sentença a fls. 426/432. De outro lado, JUAN PABLO sustenta, em caráter preliminar, a nulidade dos reconhecimentos pessoais realizados extrajudicialmente e em pretório por violação ao artigo 226 do Código de Processo Penal. Quanto ao mérito, busca a absolvição por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo.

Regularmente processados os recursos, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 510/522 e 548/565, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado a fls. 579/593, no caso, pelo provimento apenas do apelo ministerial.

É o relatório**.**

O recurso do Ministério Público deve vingar, prejudicado o exame de mérito do apelo defensivo.

Com efeito, como reportado, em 16 de maio passado, a ação penal foi julgada integralmente procedente pelo juiz singular, sendo JUAN PABLO e JÉSSICA CRISTINA condenados como incursos no artigo 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I, na forma do artigo 29, *caput*, ambos do Código Penal (fls. 426/432).

E, uma semana depois, o juiz singular, pasme-se, de ofício, prolatou nova sentença, absolvendo a corré e redimensionando a pena de JUAN PABLO, ante o afastamento da majorante relativa ao concurso de pessoas (fls. 464/466).

Contudo, como indicado pela Justiça Pública, **a "segunda sentença" não pode subsistir**.

Acesso ao Sumário

No caso, conforme comezinha lição ministrada desde os bancos acadêmicos, uma vez julgada a causa, descabe ao magistrado alterar a sentença sem provocação das partes - via oposição de embargos de declaração -, afora das hipóteses de flagrante erro material (artigo 494 do Código de Processo Civil[1], em combinação com o artigo 3º da Lei Processual Penal).

Entendimento contrário, aliás, denotaria indiscutível violação à segurança jurídica, mesmo porque as hipóteses a permitir o juízo de retratação são taxativas e decorrem de expressa previsão legal (*v.g., a previsão constante do artigo 589 do Código de Processo Penal, nos casos de recurso em sentido estrito e agravo em execução penal*).

Aliás, mesmo quando expressamente permitido, o juízo de retratação quanto ao mérito ocorre durante o processamento de recursos interpostos pelas partes (*algo que a doutrina convencionou chamar de efeito iterativo, regressivo ou diferido*), mas **nunca de ofício**.

Em verdade, a prolação de *"segunda sentença"* pelo magistrado se mostrava vedada pela preclusão *pro judicato* ou, ainda, pela preclusão consumativa, algo a evidenciar a nulidade processual aventada pela Justiça Pública.

Nessa esteira, *"4. O instituto da preclusão pro judicato atinge diretamente o exercício da função jurisdicional, sendo imperioso o seu reconhecimento pelo magistrado, independentemente da provocação das partes, para a preservação da ordem pública e da segurança jurídica"* (STJ, EDcl no REsp n. 1.513.017/MA, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, julgado 13-06-2017, grifei).

Corroborando o racional posicionamento, *mutatis mutandis*, tem-se que *"1. O processo penal encerra uma série de atos coordenados, constituindo verdadeira 'marcha para frente', tendo em vista a finalidade a que ele se destina. 2. Não pode, portanto, o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestando-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão pro judicato"* (STJ, REsp n. 1.354.838/MT, Relator Ministro CAMPOS MARQUES, Desembargador Convocado do TJ/PR, julgado 02-04-2013).

"Cometimento de falta grave. Sustação cautelar desse regime intermediário. Posterior decisão pela qual homologado procedimento administrativo apuratório e absolvido o paciente dessa imputação. Retratação de ofício pelo douto magistrado 'a quo' e reconhecimento dessa falta grave, com regressão ao regime fechado. Impossibilidade. Inexistência de recurso do Ministério Público. Não é permitida a retratação 'ex officio'. Ofensa aos princípios da segurança jurídica e inércia da jurisdição. Anulação desse posterior 'decisum' que se im-

Acesso ao Sumário

1 "Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração"

põe" (TJESP, Habeas Corpus Criminal nº 2059011-33.2017.8.26.0000; Relator ENCINAS MANFRÉ, julgado 08-06-2017).

Assim, anulada a *"segunda sentença"*, fica prejudicado o exame do mérito do apelo interposto por JUAN PABLO, devendo, com o trânsito em julgado do V. Acórdão, ser os autos remetidos à origem, com a devolução dos prazos às partes para interposição de apelação.

À vista do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** do Ministério Público e **DECLARO NULA** a despropositada "segunda sentença" (fls. 464/466).

Comunique-se e, com o trânsito em julgado do V. Acórdão, remetam-se os autos à origem para o reestabelecimento do prazo recursal às partes diante da sentença a fls. 426/432.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1537469-89.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCIO ANDRE DA SILVA OLIVEIRA, 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: "Deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena de Márcio André da Silva Oliveira para 1 ano de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, de valor unitário mínimo, substituída a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade por igual período, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.585)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), RENATO GENZANI FILHO e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 2 de novembro de 2022.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Receptação – Recebimento de valores em conta bancária, advindos de golpe contra a vítima – Plena ciência do agente a respeito da fraude – Dolo evidenciado – Álibi não comprovado – Condenação mantida – Recurso provido em parte para adequação da pena

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

MÁRCIO ANDRÉ DA SILVA OLIVEIRA, qualificado nos autos, foi denunciado, processado e ao final condenado, por sentença proferida pela MMª Juíza de Direito Dra. Margot Chrysostomo Corrêa, da 6ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no art. 180, ***caput,*** do Código Penal, ao cumprimento da pena de 1 ao e 2 meses de reclusão, em regime aberto, e 11 dias-multa, de valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período e prestação pecuniária de 25 salários mínimos a ser entregue em dinheiro à vítima, dedutível de eventual condenação em ação de reparação civil, facultado o apelo em liberdade (fls. 124/127).

Isso porque, no dia 16 de outubro de 2019, nesta Capital, recebeu em sua conta bancária, mantida no Banco (...), agência (...), conta (...), a quantia de R$ 49.590,00, ciente de que se tratava de produto de crime de estelionato praticado contra Vitor Roberto Buzinaro.

Inconformada recorre a Defesa buscando a reversão do julgado, sob o argumento de que o réu não agiu com dolo, e que a prova é insuficiente para justificar a condenação (fls. 130/133).

Recebido o recurso (fls. 134), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 140/146).

Regularmente processado o apelo, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 154/157).

É o relatório.

Cuida-se de recurso interposto por Márcio André da Silva Oliveira contra a r. sentença de fls. 124/127, que julgou procedente a ação penal e o condenou, por infringência ao art. 180, ***caput***, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 1 ao e 2 meses de reclusão, em regime aberto, e 11 dias-multa, de valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

E, na análise da pretensão recursal, forçoso concluir que a condenação era mesmo de rigor.

De fato, o apelante foi denunciado pelo crime de receptação, sob a acusação de que recebeu, em proveito próprio ou alheio, dinheiro proveniente de crime de estelionato.

Interrogado, em juízo, reconheceu que emprestou a conta para um colega de apelido "Maca", que conhecia do bairro, e depois do depósito entregou o valor para essa pessoa. Aduziu que foram vários depósitos em sua conta (fls. 116).

Vale dizer, não se discute que houve efetivo recebimento de valores pelo acusado em sua conta bancária (conforme igualmente comprova o documento

Acesso ao Sumário

de fls. 61), que, por outro lado, sequer conseguiu identificar quem seria o tal amigo para quem emprestou a conta para recebimento de alta quantia de dinheiro.

Até porque o ofendido, por sua vez, confirmou integralmente o negócio e o estelionato de que foi vítima, a ponto de ter depositado o valor na conta indicada pelo suposto vendedor do caminhão (fls. 116).

Ora, não é crível que alguém simplesmente ceda sua conta bancária para alguém, que sequer consegue identificar, sem trazer qualquer indicação do motivo para esse empréstimo. E mais, em seguida, em atitude altamente incomum, realize inúmeros saques em dinheiro em caixas eletrônicos, e entregue simplesmente ao tal amigo sem maiores formalidades.

Evidente, então, que sabia da origem criminosa dos valores – que derivaram de indiscutível estelionato, devidamente esclarecido pelas palavras da vítima – e consciente da ilicitude de sua conduta, recebeu objeto de origem ilícita, de maneira que a receptação está bem comprovada e a condenação (embora a sentença indevidamente faça referência ao art. 171, caput, do Código Penal em sua fundamentação – fls. 126), era mesmo de rigor.

No mais, a pena foi aumentada em razão do montante do prejuízo, que, na verdade, integral o tipo penal, que é daqueles contra o patrimônio e, portanto, fixa reduzida ao mínimo legal.

O regime fixado foi o aberto, com substituição por restritiva de direitos, mas como a reprimenda, agora, é igual a um ano, permanece apenas a prestação de serviços à comunidade, na forma e local a serem estabelecidos pelo juízo das execuções.

Em suma, o parcial provimento do recurso é medida que se impõe.

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para reduzir a pena de Márcio André da Silva Oliveira para 1 ano de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, de valor unitário mínimo, substituída a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade por igual período**, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001974-28.2018.8.26.0136, da Comarca de Cerqueira César, em que é apelante MARIA NAZARETH RIBEIRO COSTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.208)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES e MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 4 de novembro de 2022.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Furto duplamente qualificado. Abuso de confiança e concurso de agentes. Sentença condenatória. Defesa requer tão somente o abrandamento do regime prisional. Sem razão. Materialidade e autoria bem demonstradas. Qualificadoras comprovadas. Condenação lastreada em seguro e farto arcabouço probatório. Dosimetria bem aplicada. Cabível a fixação das basilares acima do mínimo. Circunstâncias judiciais negativas em desfavor da apelante. Decisum bem fundamentado. Manutenção do regime prisional semiaberto, adequado e proporcional ao caso em análise. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela douta Defesa de MARIA NAZARETH RIBEIRO COSTA, em face da r. sentença, cujo relatório acolho, publicada em 28/01//2022, na qual o MM. Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Cerqueira César a condenou às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal, por incursa no artigo 155, parágrafo 4º, incisos I e IV, do Código Penal, deferindo-lhe, ainda, o recurso em liberdade (fls. 1.244/1.249).

Irresignada, a Defesa busca única e tão somente o abrandamento do regime inicial, para o aberto (fls. 1.257/1.260).

As contrarrazões foram ofertadas, oportunidade na qual as alegações retromencionadas foram rebatidas (fls. 1.275/1.277).

Regularmente processado, a douta Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer pelo provimento do recurso (fls. 1.288/1.291), vindo os autos conclusos em 20/09/2022.

Acesso ao Sumário

É o relatório, passo a decidir.

O recurso merece provimento.

Consoante descreve a denúncia, em 17/03/2006, em horário incerto, na Rua Nelson Ramos Ferreira, nº 40, bairro Jardim Adônis, no Município de Águas de Santa Bárbara, na Comarca de Cerqueira César, SANDOVAL PEREIRA DOS SANTOS e MARIA NAZARETH RIBEIRO COSTA, agindo em coautoria caracterizada pela unidade de desígnios e combinação de esforços visando ao objetivo comum, com a participação de MARIA BETHÂNIA RIBEIRO COSTA, teriam subtraído, para si, mediante fraude e com abuso de confiança, dois botijões de gás, um aparelho liquidificador, uma mesa de centro com seis cadeiras, um refrigerador, um aparelho de televisão, um receptor de antena parabólica, uma estante de madeira, tipo rack, uma cama de casal com colchão, uma cama de solteiro com colchão, um criado mudo, um guarda-roupas de quatro portas, um ferro de passar roupas, e um ventilador, bens pertencentes ao ofendido Cláudio Ramos Ferreira.

Segundo apurado, quando dos acontecimentos, a vítima abrigava os acusados em sua casa há meses.

No dia dos fatos, a corré MARIA BETHÂNIA ludibriou o ofendido, convencendo-o a acompanhá-la até a cidade de São Paulo para resolver problemas particulares dela.

Nisso, SANDOVAL e MARIA NAZARETH aproveitaram a ausência da vítima, para adentrarem no imóvel fazendo uso das chaves que possuíam e recolherem os itens descritos, com o uso de um caminhão de mudança. Após, o mobiliário foi revendido a um estabelecimento comercial.

Após a apuração do engodo, tanto o caminhoneiro contratado para realizar o transporte dos bens, como o proprietário da loja que adquiriu os móveis confirmaram a ação do acusados.

Em virtude destes fatos, SANDOVAL, MARIA BETHÂNIA e MARIA NAZARETH foram denunciados.

Após, o feito foi sentenciado em relação aos dois primeiros, no sentido da procedência da pretensão acusatória, tendo sido determinado o desmembramento do processo em relação à ora apelante (fls. 921/925).

Posteriormente, MARIA NAZARETH igualmente restou condenada como incursa no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Irresignada, a defesa da acusada pretende a alteração do *decisum*.

E o faz sem razão.

A materialidade delitiva ficou devidamente comprovadas nos autos, em especial pelo boletim de ocorrência (fls. 04/06), pelos recibos de venda (fls. 25/26), bem como pela prova oral colhida.

Acesso ao Sumário

Do mesmo modo a autoria.

Aliás, sobejamente comprovados materialidade e autoria, em especial pelos relatos da vítima e das testemunhas envolvidas indiretamente na ação delitiva.

A condenação era mesmo de rigor, fato evidenciado, inclusive, pela ausência de pleito absolutório no recurso defensivo.

A Defesa busca tão somente o abrandamento do regime semiaberto fixado em desfavor de MARIA NAZARETH, razão pela qual passa-se diretamente à análise da dosimetria da pena

Na primeira fase, atento às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a i. Magistrada de primeiro grau reconheceu a presença dos maus antecedentes e estabeleceu a pena-base 1/4 (um quarto) acima do mínimo, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, sob a seguinte fundamentação:

> *"Nos termos do artigo 59 do Código Penal,* ***verifico que a culpabilidade extrapola o inerente ao tipo penal, porquanto foram subtraídos todos os bens móveis da residência da vítima, deixando-a desguarnecida.*** *As circunstâncias do crime também são desfavoráveis, considerando a* ***existência de duas qualificadoras*** *(abuso de confiança e concurso de pessoas) e o entendimento jurisprudencial de que uma delas pode ser utilizada para qualificar o delito e a remanescente pode ser valorada na fixação da pena-base (HC 594.024/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020). As circunstâncias judiciais são favoráveis à ré. Fixo a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa)"* (grifo nosso)

Vê-se que o Juízo monocrático fundamentou, suficientemente, o recrudescimento da pena-base da apelante, em respeito ao princípio da individualização da pena, estando adequada e proporcional a majoração operada, diante da maior reprovação da conduta delitiva, em obediência ao princípio da individualização da pena.

Nas demais fases, não houve nenhuma alteração, de forma que as penas se tornaram definitivas.

Foi estabelecido o regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda, o qual merece prevalecer, pois foram reconhecidas circunstâncias judiciais negativas em desfavor da apelante. Assim, o regime intermediário se apresenta como solução justa, adequada e proporcional ao caso em análise, em consonância ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea "c", e no artigo 59, inciso III, ambos do Código Penal.

Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas nº 718 e 719, am-

Acesso ao Sumário

bas do C. Supremo Tribunal Federal, tampouco à Súmula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Impossibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Desse modo, nada há a reparar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo defensivo, mantendo-se, *in totum*, a r. sentença guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500029-74.2022.8.26.0593, da Comarca de Marília, em que é apelante MURILO FERREIRA RAMIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.710)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), ANDRADE SAMPAIO e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: ESTELIONATO – Abastecimento de veículo em posto de gasolina e fuga sem pagar o montante consumido – Condenação – Recurso da defesa – Desprestígio – Autoria e materialidade delitiva demonstradas a contento – Vertente probatória apta a manutenção do decreto condenatório – Vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mediante fraude devidamente comprovada e confessada pelo réu – Insignificância – Inaplicável – Reiteração delitiva – Circunstâncias que impedem o reconhecimento da bagatela – Arrependimento posterior tampouco configurado – Inexistência de voluntariedade requisito exigido para a redução da

Acesso ao Sumário

pena – Pena dosada com esmero e imune a críticas – Regime semiaberto conservado em face a reincidência do réu – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 162-166, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação penal e o ***CONDENOU*** como incurso no artigo 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa, em regime inicial semiaberto.

Inconformado, recorre a ré e pleiteia a reforma da r. sentença para o julgamento da improcedência da denúncia com a consequente absolvição da acusação dada atipicidade da conduta. Fala em princípio da insignificância e nas condições pessoais do acusado para exclusão da tipicidade. Alternativamente, pede o reconhecimento da confissão, o abrandamento da pena e do regime de cumprimento, bem como a redução da pena em face da perturbação da saúde mental do réu.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões de fls. 195-198, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento do recurso (fls. 206-211).

É o relatório.

A denúncia afirmou que: *"no dia 04 de janeiro de 2022, por volta das 16h50, no posto de gasolina localizado na Av. das Esmeraldas, nº 1445, Jardim Tropical, nesta cidade e Comarca de Marília/SP, MURILO FERREIRA RAMIRO, qualificado à fl. 14, obteve, para si, vantagem ilícita, induzindo e mantendo alguém em erro, mediante ardil, em prejuízo da vítima Celso Eduardo Moreira, proprietária do autoposto.*

Segundo apurado, na data dos fatos, o denunciado dirigiu-se ao Autoposto Esmeralda, localizado no endereço supra, conduzindo o veículo Nissan/Versa 1.6 SL, placa GIS-6A50, de Marília/SP, cor cinza, ano e modelo 2016.

No local, abasteceu o veículo com R$ 30,00 (trinta reais) de gasolina, recusou-se a pagar, saiu com o carro e foi embora.

Ato contínuo, a Polícia Militar foi acionada e, munida das características do veículo e da placa, localizou o denunciado, que foi conduzido à unidade policial e confessou a prática do delito, informando ser usuário de drogas.

A vítima representou criminalmente contra o denunciado (fl. 05)".

Pois bem.

O recurso não merece provimento.

Acesso ao Sumário

A r. sentença precisa e minuciosa, analisou os fatos de forma detalhada, um a um, reproduzindo o conteúdo do interrogatório do réu e as declarações da vítima e das testemunhas, tornando despicienda qualquer nova análise.

A reprodução da prova consistiria em maçante e inócua atividade, para repetir tudo aquilo que consta da sentença recorrida.

A materialidade delitiva restou demonstrada pela vertente documental produzida na fase administrativa, especialmente pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 01-03, boletim de ocorrência de fls. 11-13, bem como pela oral realizada sob o pálio do contraditório e da ampla defesa.

A autoria também não suscita dúvida, notadamente pela versão da vítima e das testemunhas, e pela confissão do réu de que realmente abasteceu no posto de gasolina, mas como tinha esquecido a carteira iria voltar depois para pagar.

Ora, se realmente quisesse pagar o abastecimento teria entregado os valores para os policiais que o abordaram defronte a sua residência.

Lógico, que esta não era sua intenção, caso contrário teria avisado os frentistas que buscaria a carteira e voltava para pagar.

O fato de o réu estar sob efeito de entorpecentes não pode ser usado como escusas para justificar os atos criminosos.

Vale ainda relembrar que a embriagues preordenada e voluntária não excluem a imputabilidade penal – artigo 28 do CP.

Também não há que se falar em inimputabilidade do réu. A defesa deveria ter pleiteado a instauração de incidente de insanidade mental, uma vez que tal fato necessita ser comprovado mediante perícia, haja vista que o Sistema Penal Brasileiro ter adotado o critério biopsicológico. Segundo tal critério, para a verificação da inimputabilidade o juiz deve aferir a parte psicológica e a perícia médica o exame biológico. A junção dos dois fatores pode indicar doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Relembre-se que ao Magistrado não é dado o mister de substituir a avaliação do **expert** uma vez que não possui conhecimentos médicos para identificar problemas na saúde psíquica do réu.

Outrossim, o réu interrogado ao ser interrogado não apresentou elementos que possam interferir na sua autodeterminação, ao contrário, concatenou as ideias de forma clara se defendendo de todos os fatos que lhe foram imputados.

Não se vislumbra a configuração da insignificância, uma vez que o réu é reincidente e cometeu novo delito dois dias após a concessão da liberdade provisória nestes autos, portanto, não podemos falar em grau mínimo de reprovabilidade como determina a jurisprudência para a configuração da bagatela.

Neste sentido a jurisprudência de escol:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS

Acesso ao Sumário

CORPUS. ESTELIONATO, FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE E USO DE DOCUMENTO FALSO, EM CONCURSO MATERIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO RELATIVAMENTE AO DELITO DE ESTELIONATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA CARACTERIZADA. DUPLA REINCIDÊNCIA DO APENADO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO PARCIAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A MULTIRREINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A admissão da ocorrência de um crime de bagatela reflete o entendimento de que o Direito Penal deveria intervir somente nos casos em que a conduta ocasione lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

- O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de certos vetores, como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC n. 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009).

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao examinar conjuntamente os HC n. 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, todos de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, definiu que a incidência do princípio da bagatela deveria ser feita caso a caso (Informativo n. 793/STF).

Nessa linha, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS, de minha relatoria, DJe 10/12/2015, estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação da medida ser socialmente recomendável.

- **No caso, estando a reiteração delitiva bem caracterizada nos títulos judiciais das instâncias ordinárias, que reconheceram a dupla reincidência do agravante, inaplicável o princípio da insignificância.**

- O agravante é duplamente reincidente, de maneira que não há ilegalidade na preponderância dessa circunstância sobre a atenuante genérica da confissão espontânea, no caso, o que enseja o aumento da sua reprimenda no patamar prudencialmente recomendado de 1/6 sobre a pena-base.

- Agravo regimental desprovido".

(AgRg no HC 656.705/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 07/05/2021 – grifo nosso).

Portanto, imperativa a condenação do réu uma vez que comprovado que

Acesso ao Sumário

obteve vantagem indevida induzindo a vítima em erro, nos termos da irretocável sentença recorrida digna de manutenção, com supedâneo no artigo 252 do RITJSP.

Tampouco se cogita em arrependimento posterior, uma vez que não houve voluntariedade por parte do réu, pois a devolução do numerário ocorreu por uma parente dele.

Relembramos que o artigo 16 do Código Penal determina que: **"nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços" (grifo nosso)".**

A reprimenda foi fixada em consonância com os critérios definidos em lei, em montante adequado para a reprovação e prevenção do crime por ele cometido, nos termos dos artigos 59, caput, e 69, ambos do Código Penal, não merecendo reparo em seu **quantum.**

Não se vislumbra a confissão do réu, pois apenas admitiu que abasteceu o carro no posto de gasolina, mas apresentou justificativa para tentar se isentar de pena.

Por fim, o regime **semiaberto** é o que melhor se coaduna ao caso em comento, pois o réu é reincidente conforme certidões acostadas aos autos. Destarte, regime mais brando certamente não atenderia a necessidade concreta do caso, notadamente, para se dar uma efetiva resposta à sociedade.

Relembramos, ainda, que a reincidência demonstra uma maior reprovabilidade no cometimento de novo delito, pois foi considerada como agravante genérica o que reclama fixação de regime inicial mais gravoso e impede inúmeras benesses legais, tais como a substituição da sanção corporal, suspensão condicional da pena, suspensão condicional do processo, transação penal etc.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000495-20.2017.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante MOISES DANIEL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a prescrição. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.319)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Desacato. Pena aquém de três anos. Prescrição da pretensão punitiva em concreto. Extinção da punibilidade.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 195/200, acrescento que foi julgada procedente a acusação formulada em desfavor do recorrente Moisés Daniel, condenando-o ao cumprimento de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, por violar o quanto disposto no artigo 331 *caput* do Código Penal.

Não resignado, recorre para, em resumo, postular a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva (fls. 234/236).

Nos autos, além das contrarrazões recursais (fls. 239/241-A), ainda dispomos do r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, que opina pelo provimento com reconhecimento da prescrição (fls. 247/249).

É o relatório.

Em razão do que dispõe o § 1º do artigo 110 do Código Penal, *"a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação (...) regula-se pela pena aplicada (...)" ('verbis')*.

Conferi as datas que importam marcos para contagem da prescrição.

Observo que somente o acusado recorreu, consoante certidão de fl. 253.

Tomando como base a pena aplicada (e a inexistência de recurso para agravá-la), consoante dispõe o artigo 109, inciso VI do Código Penal, a prescrição é de 3 anos.

O recebimento da denúncia ocorreu em 28/10/2014 (fl. 38).

O processo, pelas dificuldades de localização, foi suspenso em 16/2/2017 (fl. 104), transcorridos **2 anos, 3 meses e 19 dias do prazo prescricional.**

O feito ficou paralisado e restabeleceu prosseguimento em 27/11/2020 (fl. 146).

Dali, então, caminhou até a publicação da sentença por **mais 10 meses e 2 dias**, em 29/9/2021 (fl. 201-A).

A soma dos dois períodos, antes e depois da suspensão do andamento, resultou em **3 anos, 1 mês e 21 dias.**

Acesso ao Sumário

Vale dizer, quando da publicação, já fora integralmente transcorrido o prazo prescricional posto em lei (três anos).

Incidiu a prescrição retroativa da pretensão punitiva pela pena *"in concreto"*, conforme assim fixada na respeitável sentença.

Por consequência, ante o implemento da condição resolutiva de punibilidade, há de ser declarado extinto o *'ius puniendi'*, encerrando-se o processo mediante decisão, com julgamento do mérito, qualquer que seja a fase em que atravesse (artigo 107, inciso IV, 1ª figura, do Código Penal).

Acolho a prescrição nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502499-39.2020.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante VIVIANN FERNANDES RODRIGUES GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.005)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), JAYME WALMER DE FREITAS e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: FURTO TENTADO – Furto Famélico e princípio da insignificância. Teses Afastadas. Estado de necessidade, que sequer foi comprovado. Tese que ficou isolada nas alegações da defesa, não contando com as declarações da ré. Principio da insignificância que não foi recepcionado pela lei penal – violação do principio constitucional da reserva legal. CRIME IMPOSSIVEL – Não incide se há, ainda que mínima, a chance de consumação do delito. Tentativa – aplicação da redução mínima em face da proximidade da consumação. RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 177/183 dos autos, contra ela apresenta recurso de apelação **VIVIANN FERNANDES RODRIGUES GOMES** pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 16 de junho de 2020, como incurso no artigo 155, "caput", c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto de cumprimento, e ao pagamento de 07 (sete) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Entende que deva ser absolvida diante da negativa de autoria, requerendo a aplicação do principio da insignificância, dada a aplicação de furto famélico e crime impossível em razão do acompanhamento do segurança do estabelecimento, sendo impossível sua consumação. Além disso, todo produto subtraído foi devolvido. (fls. 200/209).

Recurso tempestivo, arrazoado, respondido (fls. 216/219). Manifestando-se nos autos neste Grau o Procurador de Justiça, se posicionou pelo não acolhimento do pleito, mantendo a sentença em seus termos e extensão (fls. 226/232).

É O RELATÓRIO.

Consta da denúncia, em síntese, que a apelante subtraiu, para si, 08 (oito) unidades de picanha, avaliadas em R$ 1.164,64 (mil, cento e sessenta e quatro reais e sessenta e quatro centavos), pertencentes ao estabelecimento comercial Makro Atacadista. Acreditando na falta de vigilância, rapidamente passou pelos caixas sem efetuar o pagamento das mercadorias e deixou o local. Contudo, o funcionário do mercado suspeitou do nervosismo da apelante e a abordou, questionando o que havia dentro da sacola, oportunidade em que prontamente admitiu o furto.

Silente na fase de inquérito, em juízo negou o crime. Disse que fazia compras para uma amiga que tinha acabado de ganhar bebê e fez uma lista com itens de bebê. Após realizar as compras no Makro, esperava um Uber para retornar e tinha uma sacola ao lado. Os guardas vieram e abordaram a apelante no estacionamento. Disse que nem sabia o que tinha na sacola que estava no chão.

Contudo, sua versão ficou isolada. O representante da vitima afirmou que viu a apelante colocando seis peças de carnes no interior da bolsa que portava. Passou pelos caixas e não efetuou o pagamento. Quando ela estava no estacionamento resolveu abordá-la. O policial confirmou que ao chegar ao local a apelante já estava detida na posse de peças de carne.

Destaca-se que em nenhum momento a defesa questionou as testemunhas se a apelante estava com itens de bebê, conforme afirmou em seu interrogatório.

Assim, estando a versão da apelante e da defesa sem comprovação e não restando dúvidas quanto a autoria e materialidade do crime, diante das provas

Acesso ao Sumário

apresentadas era mesmo de rigor a condenação.

A tese defensiva no sentido de que comprava carne para alimentar seu filho foi fundamentada apenas nas alegações defensivas. Ademais, para caracterização do furto famélico necessário se observar a presença do estado de necessidade (artigo 24 do CP). *In casu*, o encontro das carnes, afastam a extrema necessidade da apelante.

A atipicidade da conduta não restou provada já que o delito de furto integra o capítulo dos crimes contra o patrimônio e a excludente de ilicitude não foi aceita.

Sob o ponto de vista ético-social a conduta da apelante é reprovável e juridicamente configura delito de furto, portanto, típico, passível de reprimenda.

Sabe-se do entendimento quanto às instaurações de ações penais sem justificativa, da oneração pública e da sobrecarga do judiciário com demandas desnecessárias, mas entendo que referido princípio não foi recepcionado pela lei penal brasileira, sendo vedado ao julgador legislar, sob pena de violação do princípio constitucional da reserva legal.

O princípio referido tem como essência desconsiderar a tipificação material de fatos que não se encaixam no que se compreende que o legislador quis proteger com o tipo penal do furto, o que não é o caso. O valor do bem não pode ser considerado pequeno e o fato de ser devolvido a vitima, não a beneficia. Inconcebível reconhecer como insignificante a conduta de alguém que, pela análise dos antecedentes, vem se envolvendo na prática de delitos patrimoniais.

Diferente do que fundamentou a defesa, o Superior Tribunal de Justiça considera a reincidência do réu em crimes para afastar o principio discutido:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM FURTADO AVALIADO EM R$ 36,00. HABITUALIDADE DELITIVA. REINCIDENTE ESPECÍFICO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Ressalvada compreensão diversa, restituído o bem e ainda inexpressivo o valor da res furtiva, R$36,00, correspondente a aproximadamente a 3,6% do salário mínimo vigente à época, a habitualidade delitiva do paciente, caracterizada pela reincidência específica é suficiente para afastar a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. 3. Habeas corpus denegado. (HC 569.380/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 16/06/2020).

Quanto à tese de crime impossível deve ser afastada, pois só se caracteri-

Acesso ao Sumário

zaria quando o agente, após a prática do crime, jamais pudesse consumar o delito pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto (artigo 17, do Código Penal).

In casu, a apelante tinha, mesmo que de modo tênue, a viabilidade do sucesso, o que não exclui a possibilidade do furto de forma absoluta. São várias as situações que poderiam ter ocorrido, como fuga ou ter um comparsa que recebesse a *res* e se evadido, são exemplo. Basta ver que a apelante conseguiu sair da loja e foi até o estacionamento onde foi abordada. Somente pelo fato de o segurança ter desconfiado da apelante não impõe a que a fosse ineficaz a conduta em subtrair as carnes colocando em sua bolsa.

Ademais disso, cabe a aplicação da Súmula 567 do STJ: ***Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.*** Não houve indícios mínimos a que a conduta do réu fosse ineficaz.

Portanto, a condenação deve ser mantida.

A pena foi bem fundamentada, com aumento de 1/6 pelos maus antecedentes, baseado em condenação definitiva.

Reconhecido o crime tentado, com redução mínima, o que deve permanecer. A justificativa para a escolha do lapso entre um terço e dois terços que faz jus aquele que se encaixa na figura da tentativa é a realização do iter criminis. O critério é objetivo.

A apelante caminhou quase todo o percurso criminoso para subtrair o objeto do furto. A captura só ocorreu após ter se apoderado das carnes e deixado a loja.

Apesar de ter condenação a cumprir por fato anterior de furto, foi beneficiado com o regime aberto, devendo assim permanecer por ausência de recurso acusatório.

Dessa forma, conhecendo do apelo, **NEGO PROVIMENTO a ele.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002968- 93.2018.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante JURACI MARTINS UCHOA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Deram provimento ao recurso, o que se faz para, com base precípua no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, absolver a acusada Juraci Martins Uchoa em relação aos termos da imputação inicial, tocando ao Juízo de origem oportunamente proceder ao arquivamento dos autos com as devidas anotações e comunicações cartorárias, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.719)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Ementa: Apelação criminal. Furto. Insignificância penal. Dentre os fatos imputados, uma vez positivada tão somente a subtração de uma boneca usada e avaliada concretamente em R$ 50,00, cabe reconhecer a cláusula de exclusão da tipicidade à luz da insignificância penal da conduta.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **Juraci Martins Uchoa** em face da sentença de primeira instância que, julgando-a infratora da norma do artigo 155, *caput* do Código Penal, aplicou-lhe a pena total e definitiva de um (1) ano e sete (7) meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicialmente fechado, e pagamento de dezesseis (16) dias-multa, arbitrados no patamar legal mínimo.

Reclama a apelante, em suma, sua absolvição ante a atipicidade da conduta. Sucessivamente, pede a redução das penas impostas, bem como a alteração do regime prisional inicial e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada.

Devidamente recebido e processado o recurso, manifestou-se a parte recorrida por seu não provimento. Já no âmbito deste Tribunal de Justiça, em parecer subsequente, a Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento ao apelo.

É o relatório.

Dá-se provimento ao recurso interposto.

Bem fundamentada a condenação da apelante.

A existência material dos fatos está devidamente provada nos autos (fls. 3-4 e 11) vindo também confirmada em diversos momentos da prova oral aqui reunida.

Acesso ao Sumário

Procede, igualmente, a imputação de autoria ora formulada em desfavor do apelante.

A acusada Juraci (fls. 136-139) confessou em juízo a autoria da subtração da boneca, admitindo que, na data dos fatos, adentrou o quintal da residência da vítima Mariana e dali subtraiu uma boneca. Negou, contudo, ter subtraído também um telefone celular.

Por seu turno, a vítima Mariana (fls. 136-139) narrou em juízo que, na data dos fatos, saiu de sua residência por poucos minutos, deixando o portão destrancado. Ao retornar ao local, notou que uma boneca e um aparelho de telefonia móvel haviam sumido. Como já conhecia a acusada Juraci, usuária de drogas, questionou-a a respeito, momento em que a ré confessou ter furtado a boneca, indicando a quem vendera o objeto, o que possibilitou que fosse recuperado.

Por fim a testemunha Diunisia (fls. 13), ouvida somente em sede policial, confirmou que comprou uma boneca das mãos da acusada Juraci, sem saber que se tratava de produto de crime, uma vez que a ré alegara que era um brinquedo usado pertencente a sua filha.

Destaque-se que inexistem nos autos quaisquer elementos capazes de abalar a credibilidade desses depoimentos prestados em juízo.

Não há que se falar, no caso, em insuficiência de provas quanto à subtração em si da boneca, uma vez que a acusada Juraci confessou a autoria desses fatos assim delimitados, bem como indicou a quem vendera o brinquedo, que foi de fato encontrado em mãos da testemunha Diunisia. Ainda que não haja certeza acerca do furto do aparelho de telefonia móvel, fato é que a acusada confessou a subtração da boneca, confissão que, aliada aos demais elementos de prova coligidos nos autos, é suficiente para demonstrar a autoria desse fato assim circunscrito.

E, nesse sentido, realmente cabe reconhecer a insignificância penal desse fato. Cuida-se de subtração de uma boneca já usada e então avaliada em cerca de R$ 50,00, deve-se destacar que esse fato assim circunscrito realmente não comportou conflituosidade social mais elevada.

Ainda que a acusada registre outros envolvimentos criminais, realmente não é o caso de ter tais notícias como absolutamente impeditivas da cláusula da insignificância penal que, sabidamente, diz respeito à tipicidade do fato e não à culpabilidade da agente.

Registre-se que, segundo o consagrado entendimento do órgão máximo do Supremo Tribunal Federal, a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto (Pleno – HC 123.108/MG – Rel. Roberto Barroso – j. 03.08.2015; no mesmo sentido: STF – Pleno HC 123.734/Mg – Rel. Roberto Barroso – j.

03.08.2015; Pleno – HC 123.533/SP – Rel. Roberto Barroso – j. 03.08.2015).

Por sua vez, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça também assentou, em letras claras, que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável (STJ – 3ª Seção – EAREsp 221.999/RS – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 11.11.2015). Aliás, por conta desse julgamento, ainda que apenas pontualmente, temos visto diversos julgados, oriundos das duas turmas de competência criminal do Superior Tribunal de Justiça, eventualmente reconhecerem o princípio da insignificância penal mesmo em casos de réus reincidentes ou portadores de antecedentes criminais (5ª T – AgRg no HC 433.166/SP – Rel. Felix Fischer – j. 17.04.2018; 6ª T – AgRg no AREsp 1.193.365/SP – Rel. Sebastião Reis Júnior – j. 20.02.2018; 5ª T – HC 418.945/SP – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 07.02.2017; 6ª T – AgRg no HC 393.136/SP – Rel. Sebastião Reis Júnior – j. 05.10.2017; 6ª T – HC 402.998/RJ – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 15.08.2017; 6ª T – AgRg no AREsp 1.078.971/MG – Rel. Antonio Saldanha Palheiro – j. 20.06.2017; 6ª T – AgRg no REsp 1.654.027/SP – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 01.06.2017; 6ª T – AgRg no REsp 1.620.553/MG – Rel. Antonio Saldanha Palheiro – j. 18.05.2017; 5ª T – AgRg no AREsp 1.015.551/MG – Rel. Jorge Mussi – j. 18.04.2017; 6ª T – HC 383.437/SP – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 07.03.2017; 5ª T – HC 381.134/SC – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 14.02.2017; 5ª T – HC 331.884/SP – Rel. Joel Ilan Paciornik – j. 07.02.2017; 5ª T – HC 377.407/SP – Rel. Joel Ilan Paciornik – j. 02.02.2017; 5a T – AgRg no AREsp 785.755/MT – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 22.11.2016).

Esse, precisamente, é o caso dos autos. Aqui, a mínima ofensividade da conduta, expressando uma conflituosidade social há muito superada e de todo resolvida, observada a regra constitucional da proporcionalidade — tão cara ao ver dos referidos julgados do Supremo Tribunal Federal —, assim como a regra da ponderação da resposta socialmente recomendável — tão preciosa ao olhar do Superior Tribunal de Justiça — já não mais reclamam, concretamente, a aplicação de uma longeva, inócua e custosa medida privativa de liberdade.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso, o que se faz para, com base precípua no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, absolver a acusada **Juraci Martins Uchoa** em relação aos termos da imputação inicial, tocando ao Juízo de origem oportunamente proceder ao arquivamento dos autos com as devidas anotações e comunicações cartorárias.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501256- 93.2019.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante ADAMY CHRISTHINAN CAMPOS MARTINS, 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: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.580)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente), JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Delitos de trânsito – Dirigir sem habilitação e dirigir perigosamente – Conjunto probatório harmônico e coeso – Manutenção da condenação.

Pena – Maus antecedentes certificados que autorizam a exasperação – Fração consentânea.

Menoridade relativa – Reconhecimento – Necessidade.

Concurso formal – Reconhecimento ante a perpetração dos delitos em mesma situação fática, em conduta única – Fração de exasperação consentânea.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – Circunstâncias judiciais favoráveis.

Regime prisional aberto – Subsistência.

Recurso defensivo improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 193/197, do d. juízo de direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Assis, cujo relatório se adota, julgou procedente a presente ação, condenando Adamy Christhinan Campos Martins, por incurso nos artigos 309 e 311, ambos da Lei nº 9.503/97, sob a forma do concurso formal, à pena de 07 meses de detenção, sob regime prisional aberto, substituída, a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos consistente em pena de prestação pecuniária

de um salário mínimo em favor de entidade social a ser definida pelo Juízo da execução penal.

Inconformado, o apenado, ofereceu, a D. Defesa, recurso de apelação, postulando a absolvição ou, alternativamente, o reconhecimento da confissão espontânea e a modificação da pena restritiva de direitos.

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Não merece agasalho o recurso interposto, senão vejamos.

Materialidade e autoria delitivas comprovadas com o boletim de ocorrência e com a prova oral colhida nos autos.

O acusado, ao ensejo de seu interrogatório, não foi além de admitir que conduzia a motocicleta sem habilitação e que o veículo não possuía documentação, trazendo à tona seu passado em desalinho, com 'passagem por tráfico'.

Pablo declarou que recebeu carona do inculpado, asseverando que ele não conduziu a motocicleta em alta velocidade. Reportou-se à queda de ambos do veículo. O réu correu da Polícia por não possuir habilitação.

Eder disse das denúncias dando conta de motocicletas conduzidas em alta velocidade e da traficância defronte a estabelecimento de ensino. Avistou indivíduos a fazerem malabarismo em única roda na frente da escola. Abordado o indigitado; viu o réu empinando moto e havia vários pedestres no local, pois era horário de entrada de alunos; o réu se evadiu e foi acompanhado até cair; Adamy não era habilitado e a moto tinha problemas de numeração do chassi e motor; o réu pilotou em alta velocidade – gizou.

A culpa do apelante salta aos olhos, pois, de forma imprudente, sem habilitação para dirigir, conduzia seu veículo em local com movimentação ou concentração de pessoas, a saber, estabelecimento de ensino.

Instado a parar o veículo, não obedeceu ao sinalizado pelos agentes policiais, seguindo em disparada, perigosamente, a conduzir a motocicleta.

Destarte, ausentes indícios de falsa incriminação de inocente, o robusto conjunto probatório demonstra a responsabilidade do acusado pelos fatos que lhe são imputados.

Inalteradas as penas de cada um dos delitos, que sofreram consentâneas exasperações, na fase inicial do cálculo dosimétrico, à conta da sexta parte, decorrentes dos maus antecedentes certificados, para, na fase subsequente, voltarem ao mínimo legal, com respaldo no reconhecimento da atenuante da menoridade relativa; irrelevante, pois, a confissão espontânea.

Reconhecido o concurso formal, certo que praticados, os delitos, em ação única, ainda que fracionada em atos diversos, tomada como referência a pena de

Acesso ao Sumário

um dos delitos, acresceu-se a ela a fração de 1/6, tornando-a definitiva, ausentes circunstâncias modificadoras.

O regime prisional fixado fica inalterado e bem assim a apropriada substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, certos a discricionaridade do douto sentenciante para tanto e o fato de que ao Juízo da Execução será dada a eventual promoção de alteração na forma de seu cumprimento e ajuste às condições pessoais do acusado, nos termos insculpidos no artigo 148 da Lei de Execução Penal.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao apelo de ADAMY CHRISTHINAN CAMPOS MARTINS; mantendo-se, por seus fundamentos, a respeitável decisão recorrida.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505808-26.2021.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante ROSA MARIA ASSMANN, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.419)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente), MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

REINALDO CINTRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Injúria racial. Art. 140, § 3º, do CP. Sentença absolutória – Insurgência do Ministério Público – Pedido de condenação nos termos da inicial acusatória – Possibilidade – Materialidade e autoria comprovadas pelas incriminadoras provas oral e pericial – Ré, superior hierarquicamente em relação à vítima, que utiliza expressão de cunho racial, de forma ofensiva, no ambiente de trabalho – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido inicial, absolvendo a ré **ROSA MARIA ASSMANN** da prática do delito de injúria qualificada (cf. art. 140, § 3º, do Código Penal CP).

A denúncia foi oferecida (fls. 42/44) e recebida em 25 de outubro de 2021 (fls. 52/55). A ré foi devidamente citada (fls. 63) e apresentou defesa (fls. 98/99). Foi realizada audiência de instrução e julgamento (mídias às fls. 125) e sobreveio r. sentença absolutória (fls. 126/132), contra a qual o *Parquet* se insurge.

Não satisfeito, busca a condenação, nos termos constantes da exordial acusatória (fls. 140/149).

Em contrarrazões, a defesa pugna pelo não provimento do apelo (fls. 156/158).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo acolhimento do recurso (fls. 168/175).

É o relatório.

Consta da exordial acusatória que no dia 17 de outubro de 2020, em torno das 06h40min, na Rua Nicola Sortir Toni, nº 12, Bonfim, cidade e comarca de Osasco, ROSA MARIA ASSMANN injuriou Renata dos Santos Ribeiro, ofendendo a dignidade ou o decoro, utilizando-se de expressões referentes a cor e raça.

Segundo o apurado, vítima e ré fazem parte da Guarda Civil Municipal de São Paulo, sendo ROSA superior hierárquica da ofendida. Na data dos fatos, a ré – uma mulher branca – enviou uma mensagem no aplicativo WhatsApp para a vítima – uma mulher negra – com o seguinte teor: *"Não seja uma retinta... racista... no mundo tem lugar para todos... e no trabalho também"*.

Quanto ao mérito, tem-se que a materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas pela portaria (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 03/04), relatório de investigação (fls. 21/22) e prova oral colhida.

Era o caso de recair sobre a incriminada um juízo de reprovação criminal, apesar do *decisum* lançado pelo d. Juízo de origem.

Em juízo, a vítima declarou que ao abrir seu aparelho de telefonia celular, viu uma mensagem de sua subinspetora, ficando pasma, sem acreditar, mensagem que deixou a declarante abalada e atordoada. Aduziu que, em um primeiro momento, perguntou o motivo da mensagem para a apelada, que teria dito que estava cansada e era para a declarante pensar. Esclareceu que ficou indignada com a reação, mas, como a ré é sua superior hierárquica, precisava manter a compostura. Ficou constrangida em razão da hierarquia e disciplina, mas mesmo assim mandou a mensagem. Aduziu que não era a primeira vez que sentia o "gostinho amargo" do racismo. Referiu que a mensagem que a ré lhe

Acesso ao Sumário

enviou dizia, com letras garrafais, *"não seja uma retinta racista"*. Disse que é CE – Classe Especial na GCM de Osasco, sendo a apelada subinspetora, estando dois níveis acima da declarante na estrutura da instituição. Não trabalhava diretamente com a apelada. Aduziu que trabalhava no administrativo e a recorrida trabalhava no plantão. Esclareceu que não tinha contato com a ré, pois trabalhavam em horários diferentes. Contou que, depois das palavras da apelada, olhando o procedimento administrativo na Corregedoria, viu que a ré menciona que a declarante teria se incomodado com o fato de a acusada estar trabalhando à noite na Administração. Sentiu-se ofendida pelo termo RETINTA. Complementou que *"ela quer me chamar de nega, negona... negona, não seja racista, negona"*, porém usou esse retinta *"para dar uma maquiada"*. Talvez a recorrida pensou que a declarante não soubesse o teor da palavra, como muitas pessoas não sabiam, inclusive o delegado. Afirmou que a ré *"mexeu com o tom da minha pele desnecessariamente, como uma chefe superior minha, que tinha quinhentos meios de resolver qualquer divergência entre nós"*. Referiu que a intenção da apelada foi ofender. Indagada pela Defensora Pública, aduziu que a forma como é dito negro pode ofender. Informou que a palavra negra retinta pode ser ou não ser uma ofensa, mas se sentiu ofendida com a forma que a apelada falou. Narrou que a forma de ser chamada negra retinta é uma ofensa. Aduziu que não sabe dizer o motivo pelo qual foi chamada de racista por parte da recorrida, sendo que não tem como ter sido racista com a acusada. Indagada pelo juízo, aduziu que não tem como ser racista com ninguém.

Na fase policial, a ré disse que é superiora da vítima na guarda municipal, e que antes dos fatos foi questionada pela vítima no ambiente de trabalho, porque ainda frequentava o setor administrativo se não mais atuava neste setor, alegando que se sumisse algum documento a acusada poderia ser a responsável. Alegou que a mensagem foi enviada para saber porque a vítima estava tão incomodada com o fato de ainda ter acesso ao setor administrativo. Em juízo, preferiu permanecer em silêncio.

Sobre a palavra da vítima, vale menção ao entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

> ***"A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso"*** (HC nº 143.681/SP, C. 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 2.8.2010).

Veja-se que a vítima foi firme ao narrar como se deram os fatos. Diante desse consistente conjunto probante, resta afastada a tese defensiva no sentido da absolvição, tendo em vista que a ré, apesar de ter duas oportunidades para explicar sua intenção ao enviar a mensagem, quais sejam, na fase policial e em juízo, não negou que tenha empregado o termo "retinta" ou que seu objetivo fosse ofender a vítima em razão de raça e cor, conforme alegado pela ofendida.

Acesso ao Sumário

Passa-se, então, à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase de estimação da reprimenda, preserva-se a pena-base no mínimo legal, de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, pois ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, ausentes atenuantes ou agravantes.

Na última etapa, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena.

O regime inicial de cumprimento de pena há de ser o aberto, afinal, ponderando o legislador para a determinação deste aspecto da sanção penal, qual seja, a dimensão da pena corporal, as circunstâncias judiciais e a recidiva (cf. art. 33, §§ 2º e 3º, do CP), vê-se que a acusada não é desfavorecida por nenhum dos critérios, o que não obsta, por conseguinte, a fixação do regime menos gravoso.

Dessa forma, e em consonância com o art. 44 do Código Penal, procede-se à substituição da pena privativa de liberdade, que deverá operar-se por somente uma restritiva de direitos, tendo em vista o *quantum* concretizado da pena, nos termos do § 2º, do artigo acima referido, por prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da reprimenda imposta.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** à apelação interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face de **ROSA MARIA ASSMANN**, nos termos da fundamentação delineada, a fim de condená-la pela prática do crime previsto no art. 140, §3º, do Código Penal, impondo a pena de 1 (um) ano de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da pena imposta, em entidade a ser definida pelo r. juízo de execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507394-13.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WILMER MARCA NINA, 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 14.175)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BUENO DE CAMARGO (Presidente) e POÇAS LEITÃO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 19 de novembro de 2022.
GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. Fatos incontroversos. Confissão do acusado que foi roborada pelo depoimento da policial militar ouvida em juízo. Apelo a versar apenas sobre o reconhecimento da atipicidade da conduta, a fixação do regime aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inviabilidade. Materialidade e autoria bem demonstradas nos autos. Laudo pericial atestou a capacidade da arma de fogo para efetuar disparos. Provas robustas. O porte ilegal de arma de fogo é delito de perigo abstrato que tutela a paz pública e a segurança coletiva e consuma-se quando o agente leva consigo arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Irrelevante ser portada desmuniciada. Precedentes. Tese defensiva de atipicidade material da conduta afastada. Condenação mantida

PENAS. Base fixada no mínimo legal; na segunda etapa, a agravante da reincidência foi compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea; na terceira e última fase, à míngua de causas especiais de aumento ou diminuição, as penas consolidaram-se. Penas mantidas.

BENEFÍCIOS E REGIME PRISIONAL. A reincidência do réu impede a almejada substituição da pena corporal por restritiva de direitos, justificando a manutenção do regime inicial semiaberto, tal como fixado na origem. Recurso defensivo desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 149/154, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação penal e condenou **WILMER MARCA NINA**, por incurso no artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/03, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa mínimos.

Sem apresentar inconformismo em relação aos fatos, apela o sentenciado, buscando o reconhecimento da atipicidade da conduta, a fixação do regime aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls.

Acesso ao Sumário

179/185).

O recurso foi processado e contrarrazoado (fls. 192/196), contando os autos com respeitável parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 208/211), pelo desprovimento.

É o relatório.

WILMER foi condenado porque, no dia 27 de março de 2022, por volta das 00h55, no estabelecimento comercial situado na Rua Barra Do Tibaji, numeral 854, Bom Retiro, nesta cidade e comarca de São Paulo, portava o revólver marca Taurus, calibre 38, de uso permitido, desmuniciado, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, O acusado se dirigiu até um bar situado no bairro Bom Retiro portando em sua cintura um revólver Taurus, calibre 38, desmuniciado. Ocorre que um funcionário do referido estabelecimento percebeu que o denunciado estava alterado e que iria sacar a arma, momento em que o segurou e conseguiu retirar o revólver, com a ajuda de populares. Acionada a polícia militar, ele foi preso em flagrante.

Não há dúvidas em relação aos fatos, tendo sido a confissão de Wilmer, em ambas as fases da persecução penal, roborada pelo depoimento judicial da policial militar Daiane, no sentido de que o acusado estava embriagado em um bar e tentava assustar as pessoas presentes, com um revólver desmuniciado, em razão do sumiço de seu aparelho de telefone celular (fls. 150/151).

Sendo incontroversos os fatos, busca a defesa o reconhecimento da atipicidade da conduta, a fixação do regime aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pois bem.

Não há que se falar em atipicidade material da conduta. Com efeito, o porte ilegal de arma de fogo (Lei nº 10.826/03, art. 14, *caput*) é delito de perigo abstrato, pois tutela a paz pública e a segurança coletiva, e consuma-se quando o agente leva consigo arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, sendo irrelevante o fato de a arma de fogo encontrar-se, quando de sua apreensão, desmontada ou desmuniciada, pois não se exige a demonstração de efetiva ofensividade.

A política criminal adotada pelo legislador pátrio enquadra o caso concreto como conduta que rebaixa significativamente a segurança pública, e a Lei nº 10.826/03, inspirada que foi pelos índices de criminalidade envolvendo armas de fogo, tipificou a posse ou porte desses artefatos, acessórios e munições, ainda que encontrados isoladamente. Desse modo, com vistas à segurança pública, plenamente admitida a caracterização do crime como de perigo abstrato, sendo presumida a potencialidade lesiva, de modo a coibir que bens jurídicos de maior relevância, tais como o patrimônio, a integridade física e a própria vida, sejam

Acesso ao Sumário

maculados. Nesse sentido, é o entendimento firmado no Excelso Supremo Tribunal Federal e no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CARÁTER DE PERIGO ABSTRATO DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real. 2. Recurso improvido."* (STF, Primeira Turma, RHC 91.553/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 23/06/2009, DJe de 20/08/2009)

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação, é irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma municiada ou apta a efetuar disparos. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido."* (STF, Primeira Turma, RHC 106.346, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, j. em 02/10/2012)

> *"(...) Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é crime de mera conduta e de perigo abstrato. O objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante estar a arma de fogo desmuniciada"* (STF, Segunda Turma, HC 117.206/RJ, Rel.ª Min.ª Carmen Lúcia, j. em 19/11/2013)

> *"O porte de arma de fogo, acessório ou munição é delito de perigo abstrato, tendo como objeto jurídico a segurança coletiva, não exigindo comprovação da potencialidade lesiva do armamento ou munição."* (STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1.557.290/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 26/04/2016, DJe de 02/05/2016)

Acesso ao Sumário

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou não só a materialidade e a autoria delitivas, mas também a potencialidade ofensiva da arma de fogo apreendida (fl. 89 do laudo de exame pericial), é de rigor a manutenção da condenação do acusado pelo crime de porte ilegal de arma de fogo

de uso permitido (Lei nº 10.826/03, art. 14, caput), não havendo que se falar em atipicidade material.

Passo à análise das penas.

Na primeira fase, ante as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 59, *caput*), as penas-base foram fixadas nos mínimos legais.

Na segunda etapa, a agravante da reincidência foi corretamente compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea.

Na terceira e última fase, à míngua de causas especiais de diminuição e aumento, as penas consolidaram-se nos patamares inicialmente mencionados.

Por fim, correta a fixação do regime inicial semiaberto, por se tratar de agente reincidente (cf. certidão de fls. 26/27 – furto qualificado tentado). Pelo mesmo motivo, incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos que, aliás, não se mostra adequada e suficiente à prevenção e repressão do delito, haja vista que, em sua primeira condenação (furto qualificado tentado), ao acusado já foi concedido este benefício, o que não o impediu de praticar novo delito.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505604-75.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante SAMIR CHRISTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram a matéria preliminar, vencido este Relator que a acolhia para determinar a conversão do julgamento em diligência a fim de que fosse colhida a representação da vítima e, no mérito, por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso do réu para, mantida a condenação, redimensionar a pena privativa de liberdade para 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além de 20 dias-multa, substituída a pena privativa por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades estatais, pelo mesmo prazo da pena originalmente fixada, em serviços a serem designados na fase de execução, além de prestação pecuniária no montante de um salário-mínimo.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

nº 21.754)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente), XISTO ALBARELLI RANGEL NETO e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

MARCELO SEMER, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Estelionato contra pessoa idosa. Art. 171, §4º, do Código Penal. Sentença que julga procedente a ação penal, condenado o réu à pena de 4 anos de reclusão, no regime fechado e 40 dias-multa. Reforma. Lei n.º 13.964/2019, que trouxe inovação benéfica ao réu, tornando a ação penal do crime de estelionato pública condicionada à representação, salvo exceções do art. 171, §5º, do CP. Necessidade de conversão do julgamento em diligência, para que o ofendido seja intimado para apresentar representação, em 6 meses, sob pena de decadência. Norma sobre natureza da ação penal que é processual material, se tratando de novatio legis in mellius, devendo retroagir para beneficiar o réu, na forma do art. 5º, XL, da CR. Precedentes do STJ, da Câmara e deste Tribunal de Justiça. Precedente do STF entendendo pela retroatividade da lei processual material benéfica para atingir inclusive ações penais iniciadas antes da égide da lei anticrime, como é o caso da presente. Ofendido que não foi intimado a apresentar representação. Relator vencido nesse ponto. Mérito. Materialidade e autoria demonstradas, restando comprovado que o réu Samir induziu a vítima em erro, por meio de artifício fraudulento, em prejuízo de pessoa idosa. Dosimetria. Primeira fase. Ausência de circunstâncias negativas, não podendo condenações sem trânsito em julgado serem utilizadas para desabonar a personalidade do réu. Impossibilidade, também, de utilização das circunstâncias do crime contra pessoa idosa e de parcos recursos econômicos ser utilizada na primeira e na terceira fases, sob pena de bis in idem. Pena-base mantida no mínimo legal de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa. Segunda fase. Ausência de agravantes ou

Acesso ao Sumário

atenuantes. Terceira fase. Causa de aumento do §4º, do art. 171, sendo o crime cometido contra pessoa idosa e de parcos recursos, gerando o aumento no dobro, ficando a pena definitiva em 2 anos de reclusão e 20 dias-multa. Fixação do regime inicial aberto, na forma do art. 33, §2º, c, do CP. Substituição da pena privativa por duas restritivas de direito, preenchidos os requisitos legais do art. 44, do CP. Recurso do réu parcialmente provido, para, mantida a condenação, redimensionar a pena privativa de liberdade para 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além de 20 dias-multa, substituída a pena privativa por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades estatais, pelo mesmo prazo da pena originalmente fixada, em serviços a serem designados na fase de execução, além de prestação pecuniária no montante de um salário-**mínimo, vencido o Relator sorteado, que dava provimento em maior extensão ao recurso, determinando a conversão do julgamento em diligência, para que o primeiro grau de jurisdição providenciasse a intimação da vítima Anésio de Castro, para exercício do direito de representação, no prazo de 6 meses, de acordo com o art. 103, do Código Penal, dando condição de procedibilidade à ação penal, sob pena de decadência.**

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo réu Samir Christo contra a r. sentença que julgou procedente a ação penal que lhe imputa o crime de estelionato praticado contra pessoa idosa, apenando-o em 4 anos de reclusão, no regime inicial fechado, além de 40 dias-multa.

Entendeu a r. sentença (fls. 393/399), em resumo, que: (i) a materialidade e a autoria dos delitos ficaram suficientemente comprovadas pelos documentos juntados aos autos, em especial com o extrato e pesquisa de fls. 04/06, bem como com os relatos colhidos e o reconhecimento efetuado durante a instrução; (ii) a vítima Anésio narrou o golpe que sofreu, no valor de R$ 3.300,00, tendo reconhecido o réu em juízo. A testemunha de acusação Edvaldo não pôde confirmar o reconhecimento feito em sede policial pois sofreu AVC recentemente, no entanto confirmou ter sofrido tentativa do mesmo golpe sofrido por seu vizinho Anésio. O réu, em juízo, negou os fatos, dizendo que possui uma empresa e vários funcionários usam a maquina de cartão para passar as compras, não

Acesso ao Sumário

tendo se lembrado da vítima; (iii) a conduta em questão se insere no tipo penal do estelionato, já que o acusado se passou por vendedor, convencendo a vítima a comprar travesseiros, induzindo-a à falsa percepção da realidade, ao fazê-la acreditar que o pagamento das mercadorias só poderia ser feito por cartão e, por duas vezes, a transação não havia se concretizado, quando, em verdade, dois saques, no valor total de R$ 3.300,00, foram realizados em seu prejuízo; (iv) a vítima somente se deu conta de que se tratava de um golpe quando conferiu seu extrato bancário, ficando evidenciada a fraude empregada; (v) em dosimetria, na primeira fase, ante as gravíssimas consequências do crime, tendo em vista o elevado prejuízo suportado, a condição socioeconômica da vítima e ante à personalidade deturpada do réu, voltado à prática reiterada de estelionato contra idosos como seu meio de vida, fixou-se a pena no dobro do mínimo legal, em 2 anos de reclusão e 20 dias-multa; (vi) na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, permanece a pena em 2 anos de reclusão e 20 dias-multa; (vii) na terceira fase, aumenta-se a pena no dobro, pela aplicação da majorante do §4º, do art. 171, do CP, ficando em 4 anos de reclusão e 40 dias-multa; (viii) inviável a aplicação da substituição da pena privativa por restritiva de direitos ou o sursis, diante das circunstâncias judiciais negativas e da gravidade concreta do crime; (ix) o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, já que o réu responde a outros processos e já possui outras condenações por crimes de estelionato contra idosos, causando-lhes graves e consideráveis prejuízos; (x) poderá, no entanto, responder ao processo em liberdade, pois permaneceu solto durante toda a instrução criminal.

Recorre o réu Samir (fls. 417/427) afirmando, em suma, que: (i) não houve a comprovação da autoria delitiva, conforme a negativa do acusado em juízo e pelo fato que a testemunha Edivaldo não presenciou o acontecido, só possuindo conhecimento dos fatos pela fala da suposta vítima; (ii) conforme afirmou o réu em juízo, sua empresa possuía mais de 22 máquinas de cartão e vários empregados que trabalhavam com elas, levando à dúvida que beneficia o acusado, que deve ser absolvido; (iii) subsidiariamente, deve ser a pena aplicada no mínimo legal e fixado o regime inicial aberto.

Acesso ao Sumário

Houve contrarrazões do Ministério Público (fls. 431/434), além de parecer da PGJ, pelo parcial provimento do recurso, para fixar o regime inicial semiaberto (fls. 446/452).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de apelação em que se discute, em suma, se deve o réu Samir ser absolvido das acusações, ou, subsidiariamente, fixada a pena no mínimo legal e o regime inicial aberto de cumprimento de pena.

É dos autos que, em 08.03.2018, no período da tarde, na cidade de Sorocaba, a vítima Anésio estava lavando a calçada de sua residência quando

parou um veículo Gol branco, dele desceu um indivíduo, conversou com a vítima, se identificou como vendedor ambulante e lhe ofereceu à venda 3 travesseiros, no valor de R$ 60,00, por serem os últimos. A esposa do indivíduo abriu o porta-malas e mostrou os travesseiros, tendo a vítima se interessado e entrado para buscar o dinheiro. Quando a vítima retornou, o indivíduo disse que não podia aceitar o valor em dinheiro, apenas em cartão bancário, então a vítima retornou para buscar seu cartão. Ao passar o cartão na maquininha da primeira vez, digitando a senha, o indivíduo disse que o sinal estava fraco, pelo que passaram para o outro lado da via para ver se dava certo. Houve mais uma tentativa e o indivíduo disse que novamente não havia dado certo. Então disse para a vítima ficar com os produtos, que no dia 28 próximo passaria para receber, porém, a vítima não quis ficar com o produto sem pagar e então pagou os R$ 60,00 em dinheiro para o indivíduo. A vítima foi, então, ao banco e o gerente confirmou que foram realizadas duas transações bancárias com o cartão, no dia dos fatos, uma no valor de R$ 1.800,00 e outra no valor de R$ 1.500,00, ambas tendo como beneficiário Samir Christo, CPF n.º 214.648.818-20.

E, como entendia, era o caso de conversão do julgamento em diligência, para que o primeiro grau de jurisdição providenciasse a intimação da vítima Anésio de Castro, para exercício do direito de representação, no prazo de 6 meses, de acordo com o art. 103, do Código Penal, dando condição de procedibilidade à ação penal, sob pena de decadência.

Conforme se depreende dos autos, em 08.03.2018, o acusado Samir teria aplicado golpe na vítima Anésio, ao passar duas vezes o cartão de Anésio, no valor total de R$ 3.300,00, sem que a vítima percebesse que estava debitando de sua conta tal valor, já que o acusado lhe dizia que não havia concluído a transação, atraindo para si a incidência, em tese, do crime de estelionato contra pessoa idosa.

Em 05.08.2018, houve a denúncia do acusado Samir (fls. 63/65), tendo sido recebida em 12.09.2018 (fls. 72/74).

Mesmo com a égide da Lei n.º 13.964/2019, que trouxe inovações ao art. 171, do CP, cuja vigência se iniciou em 24.01.2020, não houve determinação para que o ofendido fosse intimado para comparecer em cartório, a fim de exercer seu direito de representação.

Embora ciente da existência de respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, entendo que a Lei n.º 13.964/2019, ao inserir o §5º, ao art. 171, do CP, passando a exigir representação do ofendido nos casos não excepcionados pelo parágrafo, tratou de inequívoca *novatio legis in mellius*, devendo retroagir em benefício do réu, na forma do art. 5º, XL, da CR.

Com efeito, trata-se de norma processual de efeitos materiais, já que repercute diretamente na dimensão punitiva estatal.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, *"**ao alterar, em regra, a modalidade de ação penal, que passa a depender de representação,** condição de procedibilidade, **a norma é benéfica, pois passa a exigir uma condição a mais para que possa se deflagrar a ação penal. Dessa forma, retroage e se aplica aos fatos praticados antes e, portanto, aos casos em andamento**, quer seja na fase persecutória, quer seja em juízo, tanto no primeiro grau, quanto em grau recursal"* (Rodrigo Pardal, in Lei anticrime comentada: artigo por artigo, São Paulo, Saraiva Educação, 2020, pp. 69-70, g.n.).

Na mesma linha, ao comentar a Lei n.º 13.964/2019, assim entendeu Marcos Paulo Dutra Santos, para quem, *"normas sobre a natureza da ação penal são de cunho **processual material**, porque, **ao dificultarem ou facilitarem o exercício da pretensão punitiva estatal, impactam, frontalmente, no estado de inocência e na liberdade do imputado**. Transcendem o universo adjetivo, fazendo-se sentir substancialmente, logo, **submetem-se não ao art. 2º do CPP, mas ao art. 5º, XL, da CRFB/88.*** À medida em que *o legislador passa a exigir a representação do ofendido, cria um óbice a mais ao oferecimento da denúncia, e, simultaneamente, **embute causa extintiva da punibilidade até então indisponível – a decadência do direito de representação (art. 107, IV, do CP)**, robustecendo a proteção do indiciado. **Univocamente se está diante de novatio legis in mellius, enquanto tal retroativa,** da mesma maneira que, se não mais exigisse a representação, tornando o delito de ação penal pública incondicionada, consubstanciaria lex gravior, logo **irretroativa. E, em se trabalhando com o art. 5º, XL, da CRFB/88, opor à retroação o ato jurídico perfeito é inconstitucional,** afinal, após anunciar o respeito a este, ao direito adquirido e à coisa julgada no próprio art. 5º, XXXVI, o Poder **Constituinte traz, como exceção, a lei penal, quando beneficia o réu, no dito inciso XL, incluindo a processual material, como são as regras alusivas à natureza da ação penal"*** (*Comentários ao pacote anticrime*, versão e-book, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020, p. 408, grifos nossos e do original).

Em caso análogo, ao tratar da constitucionalidade do art. 90, da Lei n.º 9.099/95, que buscava restringir a retroatividade da norma processual penal benéfica - que passou a exigir representação para os delitos de lesão corporal leve e culposa - apenas para os processos cuja instrução não estivesse iniciada, o Pleno do STF considerou inconstitucional tal restrição, determinando que o processo fosse suspenso para que o ofendido apresentasse representação, em 30 dias, sob pena de decadência. Assim, constou no Inquérito n.º 1.055, de relatoria do Min. Celso de Mello, j. em 24.04.1996, que: ***"a exigência legal de representação do ofendido** nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas **reveste-se de caráter penalmente benéfico**...O âmbito de incidência das normas legais em referência...ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados*

Acesso ao Sumário

perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que ***a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva de punibilidade, com consequente reflexo sobre a decisão punitiva do Estado"*** (g.n.).

E os Tribunais já tiveram oportunidade de se manifestar, especificamente sobre a retroatividade do §5º, do art. 171, do CP, inserido pela Lei n.º 13.964/19 – embora existindo respeitáveis posições em contrário, como dito – havendo posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, deste Tribunal e desta Câmara no sentido de que a exigência de representação do ofendido, no crime de estelionato, trata-se de norma processual material benéfica, devendo retroagir, portanto.

Nesse sentido, colhe-se:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. ***AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF****. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA. 1.* ***As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva****. 2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa. 3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu. 4.* ***A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso****, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia. 5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam- se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual.* ***Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão****. 6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo*

Acesso ao Sumário

ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n 9.099/1995" (STJ, HC n.º 583.837/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª. Turma, j. 04.08.2020, g.n.).

"Embargos de declaração. Estelionato. Alegada omissão quanto à necessidade de representação. ***Pleito de extinção da punibilidade pela decadência. Lei posterior benéfica. Art. 171, § 5º, do CP. Norma de natureza mista. Necessária intimação do ofendido para oportunizar a representação contra a embargante****. Precedente da 6ª Turma do STJ. Embargos parcialmente acolhidos"* (TJSP, Embargos de Declaração em Apelação n.º 0025148-12.2015.8.26.0576/50000, Rel. Guilherme de Souza Nucci, 16ª. Câmara de Direito Criminal, j. 26.09.2020, g.n.).

"Recurso em sentido estrito – ***Crime de estelionato praticado antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), com denúncia já recebida – Vítima, intimada a se manifestar acerca da representação, deixou transcorrer o prazo de 30 dias "in albis"*** *– Insurgência do órgão acusatório contra a decisão que julgou extinta a punibilidade –* ***Artigo 171, § 5º, do Código Penal – Lei 13.964/2019, com normas de direito processual e também de conteúdo penal material – Prevalência da garantia individual da retroação da lei penal benéfica sobre a garantia do ato jurídico processual perfeito*** *– Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Técnica da ponderação de princípios constitucionais – Necessidade da representação da vítima – Princípio da ampla defesa – Manutenção da decisão – RECURSO IMPROVIDO"* (TJSP, Recurso em sentido estrito n.º 0008530-81.2018.8.26.0577, Rel. Heitor Donizete de Oliveira, 12ª. Câmara de Direito Criminal, j. 08.04.2021, g.n.).

"RESE. Estelionato. Lei 13.964/2019. Fato anterior. ***Juiz que determina a intimação das vítimas para manifestarem eventual interesse no prosseguimento da ação que se encontra suspensa nos termos do art. 366 do CPP. Vítimas que, apesar de intimadas, não se manifestam. Extinção da punibilidade.*** *Decisão correta.* ***Norma de natureza híbrida. Embora não se exija formalidades para aferir o interesse dos ofendidos, uma vez consultados e não manifestado referido interesse, não há mesmo como dar prosseguimento à ação.*** *RECURSO DO MP DESPROVIDO"* (TJSP, Recurso em sentido estrito n.º 0008530-81.2018.8.26.0577, Rel. Xisto Rangel, 13ª. Câmara de Direito Criminal, j. 28.01.2021, g.n.).

Mais recentemente ainda, houve posicionamento da 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n.º 180.421/SP, julgado em 22.06.2021, sob relatoria do Min. Luiz Edson Fachin, para quem: *"a expressão lei penal prevista no artigo 5º da Constituição deve ser interpretada para abranger tanto as leis penais em sentido estrito quanto as leis penais processuais e, embora a lei*

Acesso ao Sumário

de 2019 não contenha preceito literalmente idêntico, ***a jurisprudência é firme no sentido de que****, em razão desse princípio constitucional,* ***a modificação da natureza da ação pública para ação penal condicionada à representação deve retroagir e ter aplicação mesmo em ações penais já iniciadas"*** (g.n.).

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Gilmar Mendes acrescentou que: *"a norma que trata da ação penal tem natureza mista (material e processual), por acarretar reflexos nas duas esferas. Portanto,* ***deve retroagir em benefício do réu, devendo ser aplicada em investigações e processos em andamento, ainda que iniciados antes da sua vigência"*** (g.n.).

Não tendo havido, no presente caso, intimação do ofendido Anésio para que representasse contra o réu, entendia devesse ser convertido o julgamento em diligência, para que assim fosse feito, sob pena de decadência.

Entretanto, tendo ficado vencido nesse ponto, entendendo a maioria da Turma julgadora ser o caso de não conhecer da matéria preliminar, prossigo para a análise do mérito.

A materialidade do crime se encontra demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 02/03), documentos bancários dando conta dos valores pagos pela vítima, mediante fraude (fls. 04/05), autos de reconhecimento fotográfico (fls. 09 e 13), auto de reconhecimento de pessoa (fl. 39), além da prova oral produzida em juízo (fls. 377/378).

A autoria do réu Samir também ficou demonstrada, sobretudo pelos documentos bancários de fls. 04/05, que consta sua empresa como recebedora dos valores obtidos mediante fraude, os autos de reconhecimento de fls. 09, 13 e 39 e a prova oral produzida em juízo.

Apesar da negativa do réu em juízo, o relato firme da vítima Anésio, tanto em fase policial quanto em juízo, além do relato da testemunha Edvaldo, seu vizinho, na fase policial, são suficientes à condenação do réu por estelionato de idoso.

Com efeito, restou demonstrado que o réu Samir, obteve para si, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo a vítima Anésio em erro, mediante artifício fraudulento (art. 171, do CP), consistente em passar o cartão da vítima em máquina adulterada, preenchendo valor muito superior ao que informou à vítima, causando prejuízo financeiro de mais de R$ 3.000,00 à idoso com parcas condições econômicas.

Assim, era mesmo o caso de condenação do réu Samir pelo crime de estelionato de idoso.

Em dosimetria, porém, é o caso de reforma da r. sentença.

Na primeira fase, ausentes circunstâncias negativas, sendo o réu primário e sem maus antecedentes – não servindo processos em andamento e condenações sem trânsito em julgado para desabonar o réu, seja a título de maus ante-

Acesso ao Sumário

cedentes, seja a título de "personalidade voltada para o crime" – é o caso de manutenção da pena-base no mínimo legal, de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa. As circunstâncias do crime, embora se trate a vítima de pessoa com parcas condições econômicas e aposentada, já se dará na terceira fase, com o aumento pelo fato de se tratar de pessoa idosa, configurando-se *bis in idem* fazê-lo em duas fases da dosimetria.

Na segunda fase, ausentes agravantes, permanece a pena no mínimo legal.

Na terceira fase, deve a pena ser aumentada no dobro, na forma do §4º, do art. 171, do CP, eis que o crime foi cometido contra idoso, com resultado razoavelmente grave, visto o prejuízo gerado à pessoa de parcas condições econômicas, ficando a pena definitiva, então, em **2 anos de reclusão e 20 dias-multa**.

Em se tratando de condenado não reincidente, com pena igual ou inferior a 4 anos, deve ser fixado o regime inicial aberto de cumprimento de pena, na forma do art. 33, §2º, c, do CP.

Viável, também, a substituição da pena privativa por duas restritivas de direito, na forma do art. 44, do CP, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades estatais, pelo mesmo prazo da pena originalmente fixada (descontado o tempo de reprimenda já cumprido em razão da prisão preventiva), em serviços a serem designados na fase de execução, além de prestação pecuniária no montante de um salário-mínimo.

Ante o exposto, **por maioria, negaram a matéria preliminar, vencido este Relator que a acolhia para determinar a conversão do julgamento em diligência a fim de que fosse colhida a representação da vítima e, no mérito, por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso do réu para, mantida a condenação, redimensionar a pena privativa de liberdade para 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além de 20 dias-multa, substituída a pena privativa por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades estatais, pelo mesmo prazo da pena originalmente fixada, em serviços a serem designados na fase de execução, além de prestação pecuniária no montante de um salário-mínimo.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502073-56.2020.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante M. P. DO E. DE S. P., são apelados L. O. S., M. V. DA S. e E. A. DA S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De-

ram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.916)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Art. 121, par. 2º, I, III e IV, c.c. art. 148, par. 2º e art. 211, c.c. art. 29, todos do Código Penal.

Documento novo, utilizado durante a sessão plenária e que não foi juntado, previamente, aos autos, no prazo estabelecido pelo art. 749 do CPP.

Nulidade reconhecida. Anulação da Sessão Plenária, submetendo-se os réus a novo julgamento.

Recursos providos.

VOTO

A r. sentença de fls. 1.676/1.680, cujo relatório, ora se complementa, ABSOLVEU os réus **E. A. DA S.** e **L. O. S.**, da acusação da prática dos delitos previstos no artigo 121, § 2º, incisos I (motivo torpe), III (emprego de meio cruel) e IV (emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido), no artigo 148, § 2º, e no artigo 211, c.c. art. 29, caput, todos do Código Penal;

b) ABSOLVEU o réu **M. V. DA S.** da prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos I (motivo torpe), III (emprego de meio cruel) e IV (emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido), no art. 148, § 2º, no art. 347, par. único, todos do Código Penal, e no artigo 244-B da Lei n. 8.069/1990;

c) **CONDENOU** o réu **M. V. DA S.**, à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao art. 211 do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas por restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços gratuitos à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo de 1 ano e 2 meses, a serem especificados em execução de sentença, e prestação pecuniária, correspondente ao pagamento em dinheiro a entidade pública ou privada com destinação social, a ser indicada em sede de execução, do valor de 1 salário mínimo vigente à época do pagamento.

A Justiça Pública apelou, alegando, em preliminar, nulidade posterior à pronúncia, por ofensa ao art. 479 do Código de Processo Penal. No mérito, aduz que a decisão é manifestamente contrária às provas dos autos (fls. 1.712/1.729).

A Assistência de acusação, em preliminar, também, alega nulidade, posteriormente à pronúncia, com fundamento o art. 479 do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Penal, visto que, em plenário, a Defesa utilizou-se de documento novo, sem a prévia ciência da parte contrária. No mérito, sustenta que a decisão é contrária às provas dos autos (fls. 1.760/1.777).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 1.792/1.805), a Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento, das apelações, anulando-se o plenário em razão da inobservância da regra do art. 479 do CPP. Caso seja superada a matéria preliminar, opinou pela realização de novo julgamento, uma vez que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. (fls. 1.830/1.837).

É o relatório.

Com efeito, os recursos merecem provimento para o fim de anular o presente feito, por afronta ao art. 479 do Código de Processo Penal.

Conforme se verifica, na Ata do Juri (fls. 1.644/1.649), assim restou consignado:

"Pelo MM. Juiz foi dito: "Durante a manifestação do Dr. Ariovaldo Moreira, ele entregou aos Senhores Jurados cópia do BO n. 916/2021, bem assim sustentou a favor dos acusados o seu teor. A pedido da Acusação, foi-lhe solicitado indicar a página dos autos em que se encontrava tal documento, mas não o fez, apenas asseverando que estava juntado nos autos. Após, o término da manifestação, a Dra. Promotora requereu que se consignasse na ata que analisou os autos e que tal documento lá não se encontra, razão pela qual determinei ao Senhor Escrevente que juntasse uma cópia, em seguida a esta ata" (fl. 1.648).

Desta forma, o Boletim de Ocorrência foi juntado aos autos (fls. 1.650/1.654).

Nos termos do art. 749 do Código de Processo Penal, ***"Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.***

Par. único: Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados".

Desta forma, tendo em vista que o Boletim de Ocorrência n. 916/2021 foi utilizado durante a realização dos debates e juntado aos autos, apenas, naquela ocasião, sem que a parte contrária tivesse anterior ciência do mesmo, de rigor a anulação da sessão plenária e submissão dos réus, a novo julgamento, nos termos do art. 479, do art. 571, inciso VIII e do art. 593, inciso III, "a", todos do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

E, nos termos do Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, ***"no caso em tela, verifica-se que o advogado de defesa, em sua estratégia, buscava atacar a vítima e seus familiares, tentando associá-los à prática de atos criminosos, de modo a relativizar a gravidade da conduta imputada aos réus, e afetar a credibilidade das testemunhas de acusação.***

Observe-se que o pai da vítima, Durvalino Ilário, figura nos autos como assistente de acusação (fls. 446). Também foi habilitada como assistente de acusação a irmã da vítima, Lucimara Gonzaga Ilário (fls. 539).

Para tentar associar os assistentes de acusação à prática de atos criminosos, a defesa valeu-se de diversos elementos, dentre os quais o boletim de ocorrência de fls. 1650/1654, no qual a assistente de acusação Lucimara Gonzaga Ilário (filha de Durvalino, que também é mencionado no documento) figura como curadora de um menor infrator, envolvido na prática de roubo de veículo" (fls. 1.831/1.832).

Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos para anular a sessão plenária, submetendo-se os réus, a novo julgamento, nos termos do art. 479, do art. 571, inciso VIII e do art. 593, inciso III, "a", todos do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505635- 94.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MICHEL GALINDO NARDONE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso apenas para isentar o réu do pagamento das custas judiciais. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.080)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), NELSON FONSECA JÚNIOR e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação Criminal – **FURTO QUALIFICADO. Fraude devidamente comprovada. Desclassificação para o crime de estelionato. Impossibilidade. Uti-**

Acesso ao Sumário

lização de ardil para reduzir a vigilância da vítima de modo a configurar a subtração. Pena e regime bem fixados. Réu com diversas condenações definitivas, sendo reincidente em crimes patrimoniais. Isenção das custas judiciais. Possibilidade. Dado parcial provimento ao recurso.

VOTO

MICHEL GALINDO NARDONI foi condenado a cumprir penas de **dois anos e seis meses de reclusão**, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de doze dias-multa, pela prática do crime de furto com fraude, conforme r. decisão de fls. 238/240.

Irresignado apela visando apenas a desclassificação do crime de furto com fraude para estelionato, bem como a redução da pena imposta, a fixação de regime prisional mais brando e a isenção de custas judiciais (fls. 245/253).

Em contrarrazões o Ministério Público sustenta o desprovimento do recurso (fls. 264/266), o que foi secundado pela Douta Procuradoria Geral de Justiça.

É O RELATÓRIO.

O apelante foi condenado porque, nas condições descritas na denúncia, subtraiu para si, mediante fraude, coisa alheia móvel consistente em 50,27 litros de gasolina, avaliados em R$ 194,00 e dois litros de óleo, avaliados em R$ 46,00.

A materialidade e autoria delitiva restaram comprovadas pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), relatório de investigação com imagens (fls. 06/11), bem como pelos depoimentos da representante do estabelecimento comercial vítima e confissão do réu na fase inquisitiva (fls. 12/13, 59 e 237).

Cinge-se o apelo defensivo quanto à pretensa desclassificação do furto qualificado para o crime de estelionato, bem como a redução da pena imposta, a fixação de regime prisional mais brando e a concessão da isenção das custas judiciais impostas.

A condenação do réu pelo crime de furto qualificado pelo emprego de fraude se mostra irretorquível.

De acordo com o apurado nos autos, o réu se dirigiu até o posto de combustível e solicitou à frentista Laureny o abastecimento de seu carro com gasolina, bem como que fosse completado o nível de óleo. Após, o réu solicitou à funcionária do posto mais um litro de óleo, ardil utilizado para diminuir a vigilância da vítima e conseguir sair do local sem pagar pelo combustível e óleo.

Note-se que a vítima não entregou voluntariamente o bem para o réu após

Acesso ao Sumário

o uso de ardil. Ao revés, sendo frentista, apenas cumpriu sua função de abastecer o automóvel conforme solicitado pelo réu ou por qualquer outro cliente. Ocorre que, para evitar o pagamento devido, o réu se utilizou de um ardil para diminuir a vigilância da funcionária, fazendo-a buscar mais um litro de óleo, momento em que aproveitou a ausência da funcionária para deixar o local sem realizar o pagamento.

O próprio réu confessou, na delegacia, a prática criminosa, ainda que tenha tentado minimizar os fatos em Juízo. Disse que estava sem dinheiro para abastecer o carro que havia pegado emprestado, de modo que saiu do posto sem efetuar o pagamento (fls. 12/13).

Assim, não há como acolher o pedido de desclassificação para o crime de estelionato.

A pena-base foi corretamente fixada em metade acima do mínimo legal em razão das diversas condenações definitivas ostentadas pelo réu, muitas delas pela prática de crimes patrimoniais (fls. 25/39).

Na segunda fase, o réu é reincidente (fls. 39), mas confessou os fatos, ainda que parcialmente em Juízo, e restituiu o prejuízo à empresa vítima, de modo que a pena foi atenuada em um sexto, tornando-se definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

A reincidência e as diversas condenações criminais geradoras dos maus antecedentes impedem a concessão de penas alternativas à prisão e justificam a fixação do regime prisional semiaberto.

Apenas em um aspecto o réu deverá ser beneficiado. Ausentes informações precisas sobre a situação sócio econômica do réu, isento-o do pagamento das custas judiciais impostas.

Posto isto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso apenas para isentar o réu do pagamento das custas judiciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000301-56.2018.8.26.0279, da Comarca de Itararé, em que é apelante BRUNO FERNANDES RODRIGUES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.599)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BUENO DE CAMARGO (Presidente) e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Furto qualificado consumado – Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas, tanto que sequer foram questionadas pelo recorrente – Afastamento da qualificadora da escalada – Laudo pericial que não demonstrou tal circunstância – **Ausência de dúvidas quanto ao modo pelo qual o réu ingressou no local do crime – Penas readequadas – Regime inicial fixado com critério – Recurso parcialmente provido.**

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 322/333, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar **BRUNO FERNANDES RODRIGUES**, devidamente qualificado nos autos do processo, como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, ao cumprimento de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no mínimo valor legal.

Pretende-se, com o presente recurso, a reforma da r. sentença recorrida, objetivando o reconhecimento de atenuante inominada, tendo em vista a colaboração prestada pelo recorrente, o que permitiu o deslinde do feito e um "desfecho justo". Pleiteia, ainda, a fixação do regime inicial semiaberto (fls. 393/401).

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões de fls. 405/407 vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento do recurso (fls. 441/443).

É o relatório.

O recurso interposto merece parcial provimento.

O apelante foi condenado como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, pois, nas circunstâncias narradas na denúncia, na madrugada do dia 18 de fevereiro de 2018, na Rua Eduardo Martins, esquina com a Rua XV de Novembro, Centro, cidade e comarca de Itararé, agindo de comum acordo e com unidade de desígnios com José Maria de Carvalho Júnior, Emerson Leandro Arruda e Luciano Pedroso Rodrigues (réus beneficiados com

Acesso ao Sumário

o acordo de não persecução penal, nos termos do artigo 28-A, do Código de Processo Penal), subtraiu, em proveito comum, 01 (um) automóvel VW/Gol 1.0, ano 2010/2011, cor prata, além de outros objetos que estavam o interior do veículo, descritos e avaliados a fls. 56/58 no valor global de R$ 19.480,30, bens pertencentes à vítima Fernando Vincenzi.

Consoante apurado, no dia dos fatos, a vítima deixou seu veículo estacionado na via pública para participar de um baile no "Clube Atlético Fronteira", ocasião em que o recorrente e seus demais comparsas, aproveitando-se da ausência de vigilância sobre o bem, resolveram subtrai-lo. Para tanto, quebraram o vidro da porta esquerda para ingressar no interior do carro e, em seguida, danificaram os fios da ignição do automóvel, realizando uma "ligação direta", após o que deram partida no veículo, subtraindo-o, conduzindo-o pela via pública.

Logo depois o insurgente e demais furtadores abandonaram o carro em uma rua sem saída e apoderaram-se dos objetos e acessórios que estavam em seu interior, dentre eles, um *pendrive*, uma caixa de som, garrafas de "Tampico", uma carteira com os documentos do veículo, um "macaco", uma chave de rodas, documentos da vítima, autofalantes e o pneu estepe.

A polícia militar foi acionada, sendo que, após diligências, localizaram o apelante e demais corréus, que caminhavam pela Rua do Centenário, ao lado do Ginásio de Esportes. Abordados e submetidos a revista pessoal, foram encontrados em poder deles vários objetos subtraídos do carro, ao que o insurgente indicou aos agentes o local onde abandonaram o automóvel. Os policiais, então, foram até o local informado, vindo a encontrar o veículo, que estava sem um dos pneus dianteiros, com o vidro da porta do motorista quebrado e com a fiação sob o painel exposta.

A r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório e em nada abalada pelas razões de recurso oferecidas pela defesa, merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com pequena alteração quanto às penas e o regime inicial fixados, consoante será oportunamente demonstrado.

A autoria e a materialidade delitivas são incontroversas, tanto é verdade que sequer foram questionadas pela defesa do apelante, que confessou, tanto em solo policial quanto em Juízo, a prática delitiva. Tal confissão foi corroborada pelos depoimentos prestados pelas testemunhas, sendo estes elementos suficientes para atestar a prática do delito de furto qualificado consumado, quanto à sua autoria e materialidade. Some-se a isso o auto de prisão em flagrante de fls. 02, boletins de ocorrência de fls. 19/22 e 23/24, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 25/27, auto de avaliação de fls. 56/58 e laudo pericial de fls. 81/85.

Feitas essas considerações e mantida a condenação, passa-se à análise das reprimendas e do regime prisional, objetos do presente recurso.

Acesso ao Sumário

Na primeira fase, observa-se que a pena-base foi exasperada em 1/3 (um terço), tendo em vista os maus antecedentes que ostenta o apelante. Neste ponto, merece reparo a r. sentença, tendo em vista que o recorrente ostenta apenas uma condenação criminal apta a configurar a respectiva circunstância judicial desfavorável (processo nº 0003554-96.2011.8.26.0279, cf. certidão de fls. 175/177). Dessa forma, entendo razoável e suficiente a exasperação da basilar no patamar de 1/6 (um sexto), eis que tal fração se mostra mais adequada e proporcional à espécie, resultando em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo valor legal.

Na segunda fase, o MM. Juiz *a quo* corretamente promoveu a compensação entre a agravante da reincidência (oriunda da condenação proferida nos autos do processo nº 0001434-75.2014.8.26.0279, cf. certidão de fls. 175/177), com a atenuante da confissão espontânea, retornando às penas ao patamar estabelecido na primeira etapa, qual seja, 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo valor legal.

Não há como acolher o pleito defensivo para diminuição das penas em maior patamar, em virtude da presença de uma "atenuante inominada", consistente na efetiva colaboração do apelante no deslinde dos fatos. Isso porque o recorrente não colaborou com nada mais do que a sua própria confissão, na medida em que as provas, por si só, já bastavam para a condenação, uma vez que o réu e seus comparsas foram presos em flagrante delito, na posse da *rei furtivae.*

Dessa forma, percebe-se que o deslinde dos fatos se tornou possível não apenas em virtude uma "colaboração efetiva" por parte do insurgente, mas sim pelas próprias circunstâncias envolvendo a abordagem dos furtadores.

Em outas palavras, o desfecho condenatório seria possível ainda que o apelante não tivesse confessado a prática delitiva, de modo que a sua admissão configura, perfeitamente, a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, não havendo qualquer razão plausível para que seja dado tratamento diferente à confissão efetuada, com maior diminuição da pena.

Na terceira fase, não existem causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas, razão pela qual a reprimenda permanece definitivamente fixada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo valor legal.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, mantém-se o inicial fechado, tal como fixado pelo MM. Juiz *a quo*. Não obstante a Súmula nº 269 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça possibilite a adoção do regime intermediário para condenados reincidentes, é certo que condiciona tal hipótese à existência de circunstâncias judiciais favoráveis, o que não se verifica no caso em tela, face aos maus antecedentes que ostenta a recorrente, a indicar ser o regime fechado o mais adequado ao caso concreto.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, dá-se parcial provimento ao recurso, readequando-se as reprimendas do apelante, mantendo-se, no mais, nos termos em que proferida, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504100-78.2019.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante J. C. M. M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para, mantidos os demais tópicos da condenação, alterar as condições da suspensão condicional da pena, determinado o cumprimento cumulativamente daquelas previstas no § 2º do artigo 78 do Código Penal. V.U. Sustentou oralmente o adv. dr. Juliano Crepaldi de Souza. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça dr. Walter Tebet Filho", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de lesão corporal de natureza leve no âmbito da violência doméstica. Absolvição por fragilidade probatória. Não cabimento. Autoria e materialidade demonstradas. Readequação da suspenção condicional da pena. Parcial provimento ao recurso.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.319), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls.319/328 na qual foi: ***1.*** condenado às penas de 03 (três) meses de detenção (suspensa a execução da pena privativa de liberdade pelo período de 02 (dois) anos, devendo cumprir, no primeiro ano, a condição do artigo 78, § 1º, do Código Penal), pela acusação do crime de lesão corporal leve no âmbito da violência doméstica (artigo 129, § 9°, do Código Penal); ***2.*** absolvido – com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código

de Processo Penal – da acusação do crime de ameaça no âmbito da violência doméstica (artigo 147, *"caput"*, do Código Penal). Pretende sua absolvição por fragilidade probatória (fls.346/349).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público por seu não provimento (fls.354/356).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.366/369).

É o relatório.

Convincente em parte o recurso, mas por fundamento diverso.

A prova oral produzida está contida em mídia digital audiovisual.

Conforme apurado: ***1.*** o Réu e a vítima tinham um relacionamento desgastado; ***2.*** em certo dia, o Réu se opôs a um pedido da vítima para visitar um parente, resultando em uma discussão; ***3.*** em determinado momento, o Réu, não só desferiu um forte tapa na cabeça da vítima, mas também puxou sua blusa a ponto de rasgá-la; ***4.*** a vítima sofreu equimose e escoriação na região lateral direita do tórax e bossa sanguínea em região temporal direita do crânio (fls.17); ***5.*** o Réu ainda ameaçou a vítima de morte, caso chamasse a Polícia.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência de fls.03/05, e pelo laudo de exame de corpo de delito de fls.16/17.

Em seu interrogatório judicial, o Réu negou o fato descrito na denúncia.

Por outro lado, a vítima A. em Juízo confirmou os fatos descritos na denúncia.

Não se alegue falta de credibilidade na palavra da vítima que prestou declarações de forma segura, harmônica e coerente, sem apresentar divergência relevante em suas afirmações, nem mesmo levantando qualquer suspeita sobre eventual falsidade, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Agravo em Recurso Especial n° 1.225.082-MS, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. em 03.05.2018):

> "É imperioso registrar que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que inexiste qualquer ilegalidade no fato de a condenação referente aos delitos praticados em ambiente doméstico ou familiar estar lastreada no depoimento prestado pela ofendida, já que tais ilícitos geralmente são praticados à clandestinidade, sem a presença de testemunhas, e muitas vezes não deixam rastros materiais, motivo pelo qual a palavra da vítima possui especial relevância".

Acesso ao Sumário

Em Juízo: ***1.*** a testemunha Reryson afirmou que não viu a vítima com ferimentos; ***2.*** a testemunha Roberta disse que a vítima foi até sua residência, sendo visíveis os ferimentos em seu corpo; ***3.*** a testemunha Luís Fernando, irmão do Réu, narrou que o relacionamento das partes era harmonioso, mas a

vítima era agitada e inquieta; ***4.*** a testemunha Renato falou que o Réu não era uma pessoa agressiva.

A prova produzida forma conjunto harmônico e coerente capaz de respaldar o decreto condenatório, já que: ***1.*** o Réu e a vítima tinham um relacionamento desgastado; ***2.*** o Réu se opôs a um pedido da vítima para visitar um parente, resultando em uma discussão; ***3.*** em determinado momento, o Réu, não só desferiu um forte tapa na cabeça da vítima, mas também puxou sua blusa, a ponto de rasgá-la; ***4.*** a vítima sofreu equimose e escoriação na região lateral direita do tórax e bossa sanguínea em região temporal direita do crânio (fls.17); ***5.*** o Réu ainda ameaçou a vítima de morte, caso chamasse a Polícia; ***6.*** a credibilidade na versão da vítima encontra amparo no laudo de exame de corpo de delito, pois as lesões são compatíveis com as agressões narradas. Além disso, o Réu confirmou que houve contato físico (tentou segurar a vítima A. para acalmá-la, sendo que sua unha enroscou em sua roupa e a rasgou), em que pese tenha tentado minimizar essa conduta em Juízo; ***7.*** a alegação do Réu de que foi um desentendimento de casal não serve para afastar a prática de fato típico. E mais, se foi também agredido, deveria ter procurado a via escorreita para sua precaução, e não praticar um crime.

O lastro probatório amealhado, portanto, é suficiente para mantença da condenação.

A sanção penal merece pequena readequação.

A pena privativa de liberdade aplicada ao Réu é inferior a 06 (seis) meses, e, analisada à luz do artigo 46 do Código Penal (que prevê prazo superior para sua incidência, e é expressamente indicado no texto do § 1º do artigo 78 do Código Penal), não pode, por equidade, impor-lhe consequência sancionatória mais grave.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 20.189-SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. em 10.12.2002):

> "CRIMINAL. *HC*. DIFAMAÇÃO. IMPRENSA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO INFERIOR A SEIS MESES. ORDEM CONCEDIDA.
>
> I. Não se pode substituir pena privativa de liberdade, fixada em 03 (três) meses de detenção, por prestação de serviços à comunidade, tendo em vista que esta somente é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.
>
> II. Deve ser anulada a sentença de primeiro grau somente no que tange à substituição da pena privativa de liberdade, a fim de que outra decisão seja proferida, mantendo-se a condenação.
>
> III. Ordem concedida, nos termos do voto do relator".

Dessa forma, é de rigor a alteração das condições fixadas para a suspen-

Acesso ao Sumário

são condicional da pena para que incidam tão somente, e de maneira cumulativa, aquelas previstas no § 2º do artigo 78 do Código Penal.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para, mantidos os demais tópicos da condenação, alterar as condições da suspensão condicional da pena, determinado o cumprimento cumulativamente daquelas previstas no § 2º do artigo 78 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001783-53.2022.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que são apelantes WILLIAM ROBERTO SANTILOTO e GUILHERME GONÇALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.313)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 5 de dezembro de 2022.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Restituição de coisas apreendidas – Decisão que indeferiu o pedido – Alegação de serem os legítimos proprietários dos bens apreendidos nos autos do processo versando sobre crime de tráfico de drogas – Perdimento dos bens já decretado por sentença condenatória, vez que utilizados na prática do crime de tráfico de drogas – Ausência de comprovação suficiente da propriedade dos bens e da condição de terceiros de boa-fé – Não há certeza necessária de que os apelantes sejam legítimos proprietários dos bens apreendidos – Bens que interessam Interesse processual até trânsito em julgado da sentença condenatória que determinou o perdimento dos bens – Inteligência do art. 118 do CPP e art. 62 da Lei n. 11.343/06 – Negado provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **GUILHERME GONÇALVES VEÍCULOS – ME** e **WILLIAM ROBERTO SANTILOTO** em face da r. decisão de fls. 26, que indeferiu o pedido de restituição de bens apreendidos nos autos da ação penal n. 1500113-03.2022.8.26.0132, vez que já houve deliberação, na sentença, determinando-se a expedição de ofício, com o trânsito em julgado para comunicações quanto à perda do veículo em favor da União e destruição do celular.

Argumenta que são os legítimos proprietários dos bens (celular e motocicleta) apreendidos nos autos, vez que foram apresentados todos os documentos comprobatórios de sua titularidade, requerendo portanto a restituição dos mesmos (fls. 29/32).

Regularmente processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 62/65).

É o relatório.

Em que pese as alegações dos apelantes de que são os legítimos proprietários da motocicleta placa FCD4F90 e do aparelho celular Xiaomi Poco, o recurso não merece acolhimento, não autorizando a restituição dos bens apreendidos.

A restituição de coisa apreendida somente é cabível se ele não estiver sujeito ao perdimento, conforme estabelece o art. 91, inciso II do Código Penal ou se tiver sido demostrado de plano o direito do requerente, de ser terceiro de boa-fé, segundo o art. 120 do mesmo códex. Não é o caso dos autos.

Restou apurado na ação penal n. 1500113-03.2022.8.26.0132, que o réu Watson Rodrigo Santiloto estava na posse dos mencionados bens quando foi preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de drogas, delito pelo qual restou condenado, e diante da utilização desses bens na prática do crime, a r. sentença determinou a destruição do aparelho celular e o perdimento da motocicleta, porque (fls. 250/275 dos autos principais), nos termos do art. 63, inciso I da Lei n. 11.343/06.

Por outro lado, não houve demonstração idônea da efetiva propriedade dos bens apreendidos pelos apelantes. O contrato de compra e venda da motocicleta juntado às fls. 08/15 se trata de cópia simples, sem o devido registro em Cartório, não tendo sido apresentado ainda cópia do Certificado de registro do veículo para demonstrar quem seria o proprietário. E, quanto ao aparelho celular, a nota fiscal está em nome de Willian, irmão do réu, que não pode ser considerado na condição de terceiro de boa-fé, vez que em nenhum momento restou esclarecido a que título o bem apreendido foi cedido e utilizado pelo réu na prática criminosa.

Cediço que em se tratando de bens móveis, a transferência da propriedade ocorre pela simples tradição, nos termos do art. 1.226 do Código Civil,

Acesso ao Sumário

de modo que estando os bens na posse do réu Watson, nas circunstâncias em que eles foram apreendidos, há dúvida razoável acerca da titularidade dos bens reclamados.

Portanto, diante da decretação do perdimento dos bens pela sentença condenatória, ainda pendente de recurso, e não comprovada a propriedade dos bens pelos apelantes, escorreita a r. decisão recorrida ao indeferir o pedido de restituição, a teor do que dispõe o art. 118 do Código de Processo Penal que: *"Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo."*.

O art. 62 da Lei de Drogas, por sua vez, estabelece que *"Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica."*.

Diante dos argumentos acima elencados, a r. decisão merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, por meu voto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500393-51.2021.8.26.0538, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é apelante CARLOS EDUARDO LOPES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.438)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e PAULO ROSSI.

São Paulo, 8 de dezembro de 2022.

VICO MAÑAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Tráfico – Suficiência probatória – Desclassificação – Não cabimento – Eventual condição de usuá-

rio não afasta, por si só, a de traficante – Condenação mantida.

Penas – Básicas mínimas, redutor máximo, fixação do regime aberto e substituição da corporal por restritivas de direitos.

Recurso improvido.

Carlos Eduardo Lopes foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, substituída a corporal por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Inconformado, postula a desclassificação para a figura do art. 28 do estatuto antitóxicos.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 159;161), a D. Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a denúncia, policiais militares em patrulhamento rotineiro avistaram o apelante em local conhecido como ponto de tráfico e, efetuada abordagem, com ele apreenderam 17 (dezessete) porções de cocaína. Carlos indicou aos milicianos o local onde ocultara outras 70 (setenta) porções do mesmo tóxico.

Interrogado, o acusado admitiu a traficância. É trabalhador rural e vendia entorpecentes para sustentar o próprio vício (fls. 141/142).

Os PMs Daniel Leone e Wesley Aparecido Vieira ratificaram integralmente os termos da inicial. Patrulhavam região conhecida pela ocorrência de mercancia ilícita e abordaram o recorrente por tal motivo. Com Carlos, encontraram 17 (dezessete) porções de cocaína e dinheiro em notas trocadas. O acusado apontou o local em que estava o restante da droga (fls. 140/141).

Registrados os depoimentos no Sistema SAJ/SG.

Os entorpecentes apreendidos (fl. 07) foram periciados (fls. 27/30 e 119/121), apurando-se 26,79g de cocaína.

Diante de tal quadro, nenhuma dúvida de que Carlos possuía e custodiava a droga a ele atribuída. Além da confissão, não infirmada por qualquer outro elemento probatório, em depoimentos seguros e coerentes, isentos de qualquer indício concreto de interesse em prejudicar inocente, ambos os policiais ouvidos atestaram a apreensão de parte dos pinos de cocaína em poder do réu, que revelou o esconderijo das demais porções.

Acesso ao Sumário

O propósito mercantil, por sua vez, restou bem demonstrado pela quantidade de porções individualizadas, prontas para entrega a consumo.

Dessa maneira, a condenação por tráfico era mesmo medida que se impunha, não havendo que se cogitar de desclassificação para a figura do art. 28 da Lei 11.343/06. Frise-se que eventual condição de usuário não afasta a de traficante, e nem se diga que, não flagrados atos de mercancia, inviável a caracterização do delito, já que o tipo penal abarca em seus núcleos as condutas de portar e guardar drogas, exatamente como imputado.

Fixadas as básicas nos pisos legais, incabível ulterior redução pela atenuante da confissão espontânea, nos termos da Súmula 231 do STJ, e aplicada a fração máxima do redutor previsto no art. 33, §4º, do estatuto antitóxicos.

Por fim, já estabelecido o regime aberto e adequada a substituição procedida.

Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2199532-52.2022.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é paciente DENISE VIEIRA RODRIGUES CORONEL e Impetrante FLAVIO CARDOSO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente sem voto), MENS DE MELLO e KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

IVANA DAVID, Relatora

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – IMPETRAÇÃO VISANDO ASSEGURAR O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPETRAÇÃO EXCEPCIONALMENTE CONHE-

Acesso ao Sumário

CIDA.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NÃO CARACTERIZADA, NÃO DECORRIDO O LAPSO EXTINTIVO DA PUNIBILIDADE DESDE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA PARA AMBAS AS PARTES – PARIDADE ENTRE AS PARTES – IMPOSSIBILIDADE DE ANTERIOR EXECUÇÃO – PRECEDENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE, ANOTANDO-SE, CONTUDO, A SUPERVENIENTE EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO 474/22-CNJ E DO COMUNICADO CG Nº 628/22-TJSP, A SEREM OBSERVADOS PELO MM. JUÍZO *A QUO* – ORDEM DENEGADA, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado FLÁVIO CARDOSO DE OLIVEIRA em favor de **DENISE VIEIRA RODRIGUES CORONEL**, sob a alegação de que estaria ela sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Santo André nos autos da ação penal nº 0026320-31.2010.8.26.0554.

Diz, em suma, que a paciente foi condenada pelo crime de uso de documento falso, por duas vezes (um deles particular e o outro público), e que a pretensão executória do crime atinente ao documento particular encontra-se prescrita. Pugna, preliminarmente, pela suspensão do mandado de prisão e, ao final, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão executória em relação ao crime de uso de documento particular falso e, consequentemente, pela fixação do regime inicial aberto (fls. 01/08).

Denegando-se a liminar (fls. 30/33) e prestadas as informações às fls. 37/72, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da ordem (fls. 76/78), vindo os autos conclusos a esta relatoria em 20 de setembro de 2022.

É o relatório que se faz necessário.

De início, cumpre o registro de que a presente impetração nem era de ser conhecida, porquanto se cuida aqui de matéria atinente à execução.

Sem embargo disso, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição conheceu-se do *writ*, já regularmente processado, não merecendo acolhida a pretensão como se verá.

Acesso ao Sumário

Também, desde logo, cumpre verificar que se olvidou o impetrante da necessidade de instrução do *writ* com peças suficientes que fossem capazes de evidenciar a pretensão desejada e a inteira veracidade do alegado - **ausentes certificações de trânsitos em julgado** (AgReg no HC nº 112.913/MG, rel. Minª Rosa Weber, j. em 12.3.2013), cabendo lembrar que o *habeas corpus* é ação constitucional que exige prova pré-constituída, apta a comprovar de plano a ilegalidade aduzida na petição inicial, não sendo possível tomar por certos fatos não comprovados pelo impetrante, que não diligenciou, *in casu*, no sentido de acostar documentação hábil a subsidiar a análise criteriosa – ainda que em cognição sumária – de seu pedido de expedição de ordem.

Não obstante isso, considera-se suprida a omissão por conta de consulta ao sistema de pesquisa de andamentos "*e-SAJ*" (http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?) e informações prestados pelo MM. Juízo *a quo*, que permitem verificar que a paciente **DENISE VIEIRA RODRIGUES CORONEL** foi condenada, em primeira instância, pela prática dos crimes descritos nos artigos 168, § 1º, III, e 304 (duas vezes), ambos do Código Penal, às penas totais de **07 anos, 04 meses e 16 dias de reclusão**, no regime fechado, e **53 dias-multa**, no piso.

Referida decisão transitou em julgado para o Ministério Público em 12.12.2016 (fl. 09 e consulta ao sistema), mas, inconformada, apelou a defesa, oportunidade em que esta e. Câmara Criminal, em julgamento realizado aos 20.06.2018, deu parcial provimento ao apelo e reconheceu, de ofício, a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação ao crime de apropriação indébita, restando, assim, a condenação por incursa nos artigos 304 c.c. o 297, e 304 c.c. o 298, na forma do 69, todos do Código Penal, às penas totais de **05 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão**, no regime fechado, e **36 dias-multa**, no piso (fls. 10/18).

Interposto Recurso Especial pela Defesa, ele não foi admitido por decisão proferida em 23.05.2019 (consulta ao sistema), e interposto o competente agravo contra o despacho denegatório, subiram os autos eletronicamente ao c. Superior Tribunal de Justiça, sendo negado provimento ao mesmo por decisão proferida em 25.03.2021.

Acesso ao Sumário

Foram interpostos agravo regimental (desprovido em 10.08.2021), recurso extraordinário (negado seguimento em 28.09.2021) e agravo em recurso extraordinário (não conhecido em 07.12.2021), **advindo o trânsito em julgado do *decisum* aos 06.10.2021** (ARE no RE no AgRg no Agravo Em Recurso Especial nº 1583865 – SP).

Assim, comunicado o trânsito em julgado, o MM. Juízo de 1º grau determinou pela expedição do competente Mandado de Prisão para cumprimento da pena (fls. 19/20), sendo expedido na sequência o contramandado de prisão porque fixado o **regime semiaberto** pelo c. STJ por decisão prolatada em

16.08.2022 – HC nº 483342 / SP (fls. 23/27) e expedido ou mandado de prisão para cumprimento no regime intermediário (fl. 28), sem notícias de seu devido cumprimento.

Por fim, requerida a extinção da punibilidade do crime de uso de documento particular falso, o MM. Juízo de piso, aos 22.07.2022, indeferiu o pedido ao fundamento, em suma, de que *"os autos foram analisados por todas as Instâncias, de maneira que a alegação da prescrição, bem como modificação de regime devem ser pleiteados perante ao douto juízo da execução."* (fl. 22).

Busca agora, por meio deste *writ*, o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, ao argumento de que o prazo prescricional começa a correr da data do trânsito em julgado para a acusação, no caso 12.12.2016 (fl. 09 e consulta ao sistema).

Não há reparos na decisão impugnada.

Isto porque, nos termos do artigo 110 do Código Penal, o prazo de prescrição da pretensão executória deve ser iniciado após **o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.**

Ora, certo é que, por respeito ao Princípio da Igualdade das Partes, o trânsito em julgado dá-se quando não é mais cabível qualquer recurso de ambas as partes, e não somente da acusação, porquanto se exigiria que o prazo entrasse em vigência antes mesmo da possibilidade jurídica de início da execução.

Nesse sentido, o entendimento desta c. Câmara Criminal:

"Habeas corpus. Receptação. Art. 180, caput, do CP. Alegação de ocorrência da prescrição da pretensão executória. Inocorrência. Lapso prescricional não decorrido. ***Pretensão executória estatal que surge a partir do trânsito em julgado para ambas as partes****. Repercussão Geral da questão reconhecida, consoante tema nº 788 do STF, ainda não julgado. Precedentes da 1ª Turma do STF que consideram como marco do início da pretensão executória estatal o trânsito em julgado para ambas as partes. Acórdão confirmatório da condenação que interrompe a prescrição. Ordem denegada."* (Habeas Corpus nº 2060410-24.2022.8.26.0000, Rel. Reinaldo Cintra, julgado em 22.04.2022);

"Agravo em execução. Pleito de reconhecimento do termo inicial da prescrição da pretensão executória, data do trânsito julgado para a acusação. Pretensão executória estatal que surge a partir do trânsito em julgado para ambas as partes. Repercussão Geral da questão reconhecida, consoante tema nº 788 do STF, ainda não julgado. Precedentes da 1ª Turma do STF que consideram como ***marco do início da pretensão executória estatal o trânsito em julgado para ambas as partes****. Acórdão confirmatório da condenação que interrompe a prescrição. Recurso não provido."* (Agravo de Execução Penal nº 0003030-18.2021.8.26.0322,

Acesso ao Sumário

Rel. Klaus Marouelli Arroyo, julgado em 10.01.2022); e

"Agravo em Execução Penal – Recurso defensivo requerendo a fixação do trânsito em julgado da condenação para a acusação como marco inicial da prescrição da pretensão executória – Impossibilidade – Diante do entendimento do Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, é descabida a execução antecipada da pena – ***Surgimento da pretensão executória estatal se dá com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes – Marco inicial da prescrição executória deve ser o da exequibilidade da pena*** *– Descabida imputação de inércia ao Estado quando lhe era defeso agir no sentido de aplicar sanção penal ao condenado – Negado provimento."* (Agravo de Execução Penal nº 0019580-33.2021.8.26.0114, Rel. Fernando Simão, julgado em 18.11.2021).

Inviável, portanto, considerar-se o trânsito em julgado para a acusação como termo *a quo* da prescrição da pretensão executória, vez que a decisão apenas faz coisa julgada diante da não interposição de recurso de ambas as partes, a possibilitar a formação de título executivo para início de cumprimento de pena.

No caso, observo que a paciente foi condenada por uso de documento particular falso às penas de **01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão e 18 dias-multa**, no piso, e por uso de documento público falso às penas de **03 anos, 08 meses e 24 dias de reclusão e 18 dias-multa**, no piso, transitando em julgado a condenação peara ambas as partes em **06 de outubro de 2021**, como visto.

Dessa forma, considerando a pena aplicada à sentenciada, o lapso prescricional incidente para o uso de documento particular é de **04 anos** e para o uso de documento público é de **08 anos**, consoante a redação do artigo 109, incisos IV e V, do Código Penal.

Portanto, pelo entendimento desta Relatora, inviável o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão executória para o crime de uso de documento particular, porquanto, tendo como marco inicial a data do trânsito em julgado para ambas as partes, verifico que a prescrição ora analisada só ocorrerá em **06.10.2025**, ficando prejudicados os demais pedidos.

De outro lado, dada a recente publicação da **Resolução 474, de 09 de setembro de 2022, editada pelo Conselho Nacional de Justiça e do Comunicado CG nº 628/22 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, faz-se o oportuno registro de que o MM. Juízo *a quo* deve observar o ali contido, procedendo-se ao recolhimento do Mandado de Prisão, expedindo-se a competente intimação para que o paciente dê início ao cumprimento da pena.

Ante o exposto, CONHECE-SE DA IMPETRAÇÃO E DENEGA-SE A ORDEM, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2224142-84.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente VITOR ALMEIDA DO VALE e Impetrante MARCELO FELLER.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Marcelo Feller e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 8 de novembro de 2022

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. EXPEDIÇÃO DE CONTRAMANDADO DE PRISÃO.

1. Reiteração, em parte, do quanto já decidido no *Habeas Corpus* nº 0007119-51.2019.8.26.0000, impossibilitando o conhecimento em relação à parte dos questionamentos.

Alegações de que o paciente não participou do crime em questão, apontando irregularidade no reconhecimento fotográfico, sendo inviável a apreciação das teses aventadas sobre o mérito da causa nos estreitos limites do "writ", por demandar profundo revolvimento probatório, sendo de rigor o não conhecimento.

2. Impossibilidade da pretendida revogação da prisão preventiva, sob a alegação de ausência de contemporaneidade, haja vista o paciente estar foragido desde o início do processo, citado por edital, processo suspenso nos termos do art. 366 do CPP, restando evidenciada a intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, o que justifica a manutenção da decretação da custódia cautelar, subsistindo os motivos que a ensejaram.

Acesso ao Sumário

3. Descabida a alegação de que em audiência de instrução haverá alta probabilidade de ser reconhecida a inocência do paciente, pois tal assertiva é mais do que temerária, é mero e perigoso exercício de futurologia. Constrangimento ilegal não verificado Ordem parcialmente conhecida e, nesse âmbito de cognição, denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelo advogado **Marcelo Feller**, em favor de **Vitor Almeida do Vale**, denunciado e com a prisão preventiva decretada por supostamente ter infringido o art. 157, §2º, II, do Código Penal, apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo da 6ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital**, em que se pleiteia a revogação da custódia cautelar, com expedição de contramandado de prisão.

De saída, a fim de demonstrar que o paciente não participou do crime em questão, salienta que sua prisão provisória foi revogada no bojo de processo que apurou fatos símiles, ao final do qual, inclusive, foi ele absolvido. Acrescenta, no mesmo intento, que o acusado, que sequer foi preso em flagrante, apenas foi denunciado por ser dono do veículo supostamente utilizado para a prática criminosa, tendo sido reconhecido, pela fotografia de sua CNH, em procedimento realizado ao arrepio do art. 226 do Código de Processo Penal.

Ressaltando que somente pesam em seu desfavor as palavras dos policiais, frisa que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis e que se dispõe a participar da audiência de instrução, debates e julgamento, para ser submetido a procedimento regular de reconhecimento, mostrando-se o encarceramento medida desproporcional e desarrazoada, sobretudo porque designado o ato (audiência) apenas para 02 de fevereiro de 2023, de maneira que permaneceria longo período de tempo custodiado, não obstante a exemplo do processo que apurou fatos análogos a alta probabilidade de ser reconhecida a sua inocência.

Quando não, asseveram que a decisão que decretou a medida extrema, que não guarda contemporaneidade com os fatos em apuração, carece de fundamentação idônea, lastreando-se apenas em elementos genéricos, sem indicar a sua imprescindibilidade no caso concreto, evidenciando-se suficientes ao caso alguma das cautelares mais brandas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (fls.01/11).

Indeferido o pedido liminar, dispensadas as informações de estilo (fls.527/530), a ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Iurica Tanio Okumura opinou pela denegação da ordem (fls. 536/545).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Pois bem.

Inicialmente, insta registrar que o presente *habeas corpus* é, em parte, reiteração do *Habeas Corpus* nº 0007119-51.2019.8.26.0000, impetrado pelo ora paciente, valendo a transcrição da ementa exposta no v. Acórdão julgado em 25.06.2019, voto nº 16519, de relatoria da Desembargadora Ivana David:

"EMENTA: HABEAS CORPUS – DELITO DE ROUBO QUALIFICADO (CP, ART. 157, § 2º, INCISO II) – IMPETRAÇÃO VISANDO REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE SOB AS ALEGAÇÕES DE INOCÊNCIA E FRAGILIDADE DA PROVA, APONTANDO-SE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DA CUSTÓDIA DIANTE DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS.

DECRETO PRISIONAL SUFICIENTEMENTE MOTIVADO – RAZÕES DE DECIDIR EXPOSTAS DE MANEIRA A SATISFAZER A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL (ART. 93, IX DA CF).

ROUBO QUALIFICADO – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS – CUSTÓDIA PREVENTIVA JUSTIFICADA PARA ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, AFIGURANDO-SE DE RESTO CONVENIENTE À INSTRUÇÃO – PERICULOSIDADE DOS AGENTES DEFINIDA, NO CASO, PELO SEU 'MODUS OPERANDI' – NECESSIDADE DE ACAUTELAR O MEIO SOCIAL E A APLICAÇÃO DA PENA – ALEGADAS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE, POR SI, NÃO INFIRMARIAM DE PRONTO A IMPRESCINDIBILIADE DA CUSTÓDIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRIDO – ORDEM DENEGADA".

Dessa forma, em relação à parte dos questionamentos, qual seja: alegação de inocência, condições pessoais favoráveis e ausência de fundamentação idônea na decisão que decretou a custódia cautelar, já foram avaliados no referido *writ*, tratando-se de mera reiteração, razão pela qual não serão novamente apreciadas.

Há, ainda, outro ponto que também não merece conhecimento.

Isto porque, não há espaço para a discussão acerca dos argumentos tecidos pelo nobre impetrante que envolve questões de mérito da ação penal, ao alegar que a prisão provisória de Vitor foi revogada no bojo de processo que apurou fatos símiles, no qual foi absolvido, argumentando, ainda, que no mesmo intento o ora paciente sequer foi preso em flagrante, tendo sido denunciado apenas por ser dono do veículo supostamente utilizado para a prática criminosa, pois reconhecido por meio da fotografia de sua CNH em procedimento realizado ao arrepio do art. 226 do Código de Processo Penal e, somente pesam em seu desfavor as palavras dos policiais, o que não pode ser procedida nessa estreita

Acesso ao Sumário

via de *habeas corpus*, marcada pelo contraditório mitigado.

No ponto, insta colacionar trecho pertinente do notável parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça: *"Em relação à fragilidade da autoria delitiva, por alegada falha na promoção do reconhecimento pessoal, por inobservância das formalidades legais, e em relação à alegada inocência do paciente, cumpre lembrar que não é possível, nos estreitos limites cognitivos do habeas corpus, remédio constitucional que não permite dilação probatória nem exame aprofundado de fatos e provas, perquirir sobre autoria e materialidade, de forma que a avaliação do contexto probatório deve ser procedida pelo juiz de conhecimento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal,* ***sem falar que o paciente jamais demonstrou, por documento hábil, a veracidade da alegação de que teria alugado o seu veículo para terceiro à época do roubo"*** (fls. 538/539) (**grifei**).

Incognoscível o *writ*, portanto, nesses pontos.

Superado isso, verte dos autos que o ora paciente e seus comparsas foram denunciados como incursos no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, trazendo a denúncia: *"Consta do anexo inquérito policial que, no dia 29 de janeiro de 2019, por volta das 10h00, na Rua Jeronimo de Barros, altura do nº 85, Cidade Líder, nesta comarca, RAFAEL RIBEIRO MATIAS DA SILVA, qualificado às fls. 31, RODRIGO GONÇALVES BROISLER, qualificado às fls. 35, e VITOR ALMEIDA DO VALE, qualificado às fls. 39, subtraíram, para si, mediante grave ameaça em face das vítimas Cesar Santos Souza e Angelo Paulo Clemente, 5.944 (cinco mil e novecentos e quarenta e quatro) cargas de carteiras de cigarros, avaliadas em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), pertencentes à empresa Souza Cruz Ltda.*

Apurou-se as vítimas Angelo e Cesar, respectivamente, motorista e ajudante da empresa-vítima, realizariam a entrega de uma carga de cigarros na zona leste da capital e, para tanto, fariam uso do veículo Renault/Master, placas QOY-3518.

Ocorre que, no momento em que pararam em um posto de gasolina, as vítimas foram abordadas por RODRIGO, que, chamando Angelo pelo nome, anunciou o roubo, bem como ordenou que a van fosse estacionada atrás de um veículo Voyage, parado na esquina, no que foi prontamente atendido.

No local indicado, estava RAFAEL e VITOR, que permaneceu no interior do automóvel, durante o crime. Os roubadores determinaram que o ofendido Cesar transferisse a carga para o Voyage. Em seguida, RODRIGO ingressou neste automóvel e fugiu com VITOR, enquanto RAFAEL mandou que as vítimas deixassem o local.

As vítimas encontraram policiais militares, comunicaram o crime e descreveram a utilização de um veículo Voyage, de cor preta, com placas final

Acesso ao Sumário

93. De posse de tais informações, os policiais diligenciaram pela região e, na Rua Jerônimo do Barros, altura do nº 85, avistaram o citado carro e os três denunciados, que, ao notarem a presença policial, tentaram fugir. RODRIGO e RAFAEL foram perseguidos e detidos.

Os policiais apuraram, ainda, que a carga estava sendo descarregada do automóvel VW/Voyage, placas FIR-5093 de propriedade de VITOR para a casa de RAFAEL. Os criminosos confessaram o roubo aos policiais, assim como confirmaram a participação de VITOR. Na delegacia de polícia, as vítimas reconheceram RAFAEL e RODRIGO como autores do roubo (fls. 15 e 17), os quais, interrogados permaneceram em silêncio (fls. 30 e 34) " (fls.04/08 – autos de origem).

Pois bem.

Não prospera o argumento de que a decisão que decretou a medida extrema não guarda contemporaneidade com os fatos em apuração.

Isto porque os autos foram desmembrados em relação ao ora paciente por estar ele foragido, tendo sido decretada a revelia, foi o processo suspenso, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal (fls. 378 autos originais), reiniciando o andamento processual em 14.09.2022, oportunidade em que analisado o pedido de revogação da prisão preventiva, o qual foi indeferido, valendo a transcrição da razão de decidir: *"Por fim, encontram-se presentes, ainda, as hipóteses autorizadoras da custódia cautelar, bem delineadas que foram na r. decisão decretou a preventiva, a qual fica mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, sendo insuficiente, ainda, a aplicação de qualquer medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal* (fls. 511/512).

Com efeito, resta clara a contemporaneidade da medida extrema, sobretudo pelo fato de o ora paciente estar foragido desde o início do processo, citado por edital, restando evidenciada a sua intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, o que justifica a manutenção da decretação de sua custódia cautelar, subsistindo os motivos que ensejaram a medida, obstando, portanto, sua revogação.

Ademais, tem-se que o crime de roubo foi praticado em plena luz do dia (por volta das 10:00 horas), em comparsaria, demonstrando a ousadia e a periculosidade do paciente e seus asseclas, sendo inequívoca a reprovabilidade da conduta, haja vista o risco à integridade física e psicológica das vítimas, reconhecida a periculosidade dos agentes, não só pelo destemor na forma de agir, mas, aliado ao abalo emocional provocado nas vítimas, não havendo se cogitar na revogação da custódia cautelar com expedição de contramandado de prisão, nem mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere.

Acesso ao Sumário

No que tange a alegação de que o encarceramento seria uma medida desproporcional e desarrazoada, sobretudo porque designada a audiência apenas para 02 de fevereiro de 2023, de maneira que permaneceria longo período cus-

todiado e, haveria a alta probabilidade de ser reconhecida a sua inocência, não merece guarida.

Primeiro, porque a prisão não foi efetivada, haja vista o paciente estar foragido, não havendo se cogitar de o encarceramento por longo período ser medida desproporcional e desarrazoada.

Segundo, descabida a alegação da alta probabilidade de ser reconhecida a inocência do paciente quando da realização da audiência de instrução, debates e julgamento, quando se dispõe a comparecer e ser submetido a procedimento regular de reconhecimento, pois tal assertiva é mais do que temerária, é mero e perigoso exercício de adivinhação. Absolutamente impertinente, portanto, tal discussão no presente momento processual e, principalmente, nesta via.

Por fim, cumpre mencionar que foi impetrado *habeas corpus* perante o C. Superior Tribunal de Justiça (HC nº508.795 -SP), em que foi indeferido o pedido liminar de revogação da prisão preventiva ou, a substituição por medidas alternativas diversas do cárcere, sendo requisitadas informações do juízo de origem (fls. 261/264), que foram devidamente prestadas (fls. 279), não constando nos autos o julgamento do referido *writ*.

Assim, sob todos os aspectos, não se vislumbra, ao menos por ora e nos estritos limites cognitivos do writ, flagrante constrangimento ilegal, suficiente para ensejar a concessão da medida emergencial, pertinente apenas em casos de ilegalidade evidente e incontestável, situação em que a mácula processual salte aos olhos, independentemente de análise probatória. Não é, a toda evidência, o caso dos autos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço parcialmente da impetração e, na parte conhecida, denego a ordem de *habeas corpus*.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2244653-06.2022.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é impetrante C. B. R. e Paciente L. C. G. V..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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 16.430)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – FURTO QUALIFICADO E FALSA COMUNICAÇÃO DE CRIME – Pedido de revogação da prisão preventiva – Pressupostos e fundamentos para a segregação cautelar presentes – Decisão que justifica suficientemente a custódia cautelar – Constrangimento ilegal não verificado – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Advogado, Doutor **C. B. R.**, em favor de **L. C. G. V.**, apontando como autoridade coatora o **Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Marília/SP**.

Alega, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que sua prisão em flagrante, pela prática dos delitos de furto qualificado e comunicação falsa de crime, ocorridos em **14/08/2022**, foi convertida em preventiva, na audiência de custódia, e mantida pela autoridade apontada como coatora, apesar da ausência dos pressupostos da custódia cautelar, que ficaram evidentes com o decorrer das investigações, principalmente com a quebra de sigilo telefônico.

Argumenta que a gravidade abstrata do delito, ou indícios de autoria e materialidade delitiva, não justifica a manutenção da medida extrema aqui combatida, conforme entendimento dos tribunais superiores, e em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Aduz que a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, é adequada e suficiente ao presente caso, devendo ser considerada a primariedade do paciente (casado e pai de uma criança menor de idade), sua residência fixa em São José dos Pinhais/PR, ocupação lícita e a ausência de violência ou grave ameaça à pessoa nas condutas a ele atribuídas.

Reforça que não há qualquer indicativo nos autos no sentido de que o paciente, em liberdade, colocará em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, tampouco que integre ou participe de organização criminosa.

Assevera, por outro lado, que não restou demonstrado, por intermédio das imagens da concessionária da rodovia onde se deram os fatos, que o paciente realmente tenha participado do furto, objeto da ação originária, já que essas imagens não capturam um terceiro indivíduo, armado, no interior do caminhão, monitorando a finalização da transferência dos reboques e semirreboques do

Acesso ao Sumário

caminhão "Iveco" para o caminhão "Scania", sendo evidente as ameaças por ele suportadas, preferindo, portanto, não colocar em risco sua vida.

Ressalta, ainda, que os bens subtraídos foram restituídos à empresa-vítima.

Menciona, por fim, a necessidade de reavaliação da custódia cautelar do paciente, também nos termos da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça.

Pede, em razão disso, a concessão liminar da ordem a fim de que o paciente aguarde em liberdade provisória o trâmite da ação penal. De forma subsidiária, requer a imposição da medida cautelar de uso de tornozeleira eletrônica.

Indeferida a liminar (fls. 108/110), foram dispensadas as informações, tendo a Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem (fls. 114/122).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Conforme se depreende dos autos, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, e do artigo 340, *caput*, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal, porque, no dia 14 de agosto de 2022, em horário incerto, na Rodovia BR 153, KM 295 + 100, em Ocauçu, que pertence à Comarca de Marília/SP, agindo em concurso, previamente ajustados e com unidade de desígnios com indivíduos ainda não identificados, com abuso de confiança, subtraiu, para si ou para outrem, um caminhão trator IVECO/STRALIS 800S48TZ, placas BEH5A53 - no qual estavam acoplados os reboques de placas RHA9H94, RHA9H96 e o semi-reboque de placas RHA9H951, avaliados em R$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) e respectiva carga de cereais, avaliada em R$ 15.905,50 (quinze mil, novecentos e cinco reais e cinquenta centavos), de propriedade da transportadora "LUZ DIVINA EIRELI".

Consta, também, que, no dia 14 de agosto de 2022, em horário incerto, na Rodovia BR 153, KM 295 + 100, o paciente provocou a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime que sabia não se ter verificado (cf. fls. 83/86).

Observo, por relevante, que ocorrências envolvendo delitos patrimoniais indiscutivelmente causam indignação e comprometem a paz pública, ainda que sejam cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, de sorte que, por aqui, a custódia cautelar não se reveste, a princípio, das características próprias do constrangimento ilegal.

Isto porque, no caso dos autos, são significativos e relevantes os indícios de envolvimento do paciente na ocorrência criminosa, como bem fundamentado

Acesso ao Sumário

pela Juíza de primeiro grau na decisão digitalizada a fls. 49/52, e mantida pelo Juízo impetrado a fls. 78/82. Argumentou a Magistrada que "*(...) embora o crime não tenha sido praticado mediante violência, no caso específico dos autos é necessária a conversão do flagrante em preventiva. O furto qualificado tem pena máxima abstratamente prevista superior a quatro anos. Ainda, no caso concreto, há notícia, a despeito da possível primariedade, da prática, em tese, de vários delitos, conforme depoimentos prestados, havendo, inclusive, a possibilidade de estar envolvido em associação criminosa, ressaltando que diversos bens de grande valor foram subtraídos. Assim, grande a probabilidade de que, em liberdade, o custodiado frustre eventual citação e até mesmo a aplicação da lei penal, em havendo condenação, até porque não reside no distrito da culpa, bem como pode volte a praticar crimes contra o patrimônio*" (cf. fl. 51).

E o Magistrado *a quo* indeferiu pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, reiterando os fundamentos adotados para a conversão da prisão em flagrante em preventiva e por não haver nos autos nenhuma alteração fática ou jurídica superveniente que viabilizasse a concessão da liberdade provisória (cf. fl. 80).

Diante disso, impossível considerar sem fundamentação a decisão, ou mesmo ausentes os requisitos da custódia decretada, se o Juízo de origem expressamente anotou os motivos que levaram à decretação da prisão, reconhecendo a presença dos requisitos legais.

É certo que a prisão antes da sentença definitiva é medida de exceção, a ponto de impor ao Juiz fundamentar os motivos que levam à custódia do agente.

Entretanto, no caso dos autos, entende-se que a prisão decretada não se mostra ilegal ou arbitrária de modo a justificar a concessão da ordem, uma vez que foi suficientemente fundamentada, mormente para garantia da ordem pública, instrução processual e do cumprimento da lei penal.

Note-se, ademais, que na hipótese dos autos não há violação ao princípio da presunção de inocência, pois tal princípio não constitui obstáculo jurídico para que se efetive, desde logo, a aplicação de medidas cautelares como, na hipótese em apreço, a prisão preventiva (Nesse sentido, aliás, já decidiu o STF no HC 77663-4/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10/08/98, p. 128).

Além do mais, eventual primariedade, residência fixa e ocupação honesta não constituem motivos bastantes para a revogação da prisão, já que os valores que devem ser sopesados, como na hipótese dos autos, são fundamentados na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, visando, assim, prevenir a reiteração criminosa e assegurar a boa prova criminal.

Registre-se que o paciente reside em outro Estado, conforme destacado pelo Juízo de origem, não possuindo vínculo com o distrito da culpa.

Não há falar-se aqui, ainda, em aplicação de quaisquer medidas cautela-

Acesso ao Sumário

res alternativas à prisão, pois absolutamente inadequadas às circunstâncias dos fatos praticados (cf. artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11).

Por outro lado, no que se refere à aplicabilidade da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça ao presente caso, em razão de o paciente correr risco de contaminação pelo "coronavírus" no interior da unidade prisional, não há notícia nos autos de que o estabelecimento prisional no qual se encontra tenha registrado casos de COVID-19, sendo certo, ainda, que eventuais providências relacionadas à pandemia, declarada pela Organização Mundial de Saúde, poderão, se for o caso, beneficiá-lo.

Por fim, em consulta realizada por esta Relatoria aos autos originários, constatou-se que o feito tem trâmite regular, estando os autos aguardando a citação do acusado.

Logo, nos limites da discussão autorizada no *habeas corpus*, não há como reconhecer o constrangimento ilegal capaz de justificar a soltura pretendida.

Ante o exposto, denega-se a ordem impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2239382-16.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e Paciente M. A. DA S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.155)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. Crime de importunação sexual. Pedido de relaxamento da prisão do paciente e remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal em razão da suposta subsunção da conduta ao artigo 233 do Código Penal. Impossibilidade. Crime do artigo 215-A do Código Penal que prescinde de

Acesso ao Sumário

contato físico. Circunstâncias do fato que poderão ser melhor analisadas após regular dilação probatória. Revogação da prisão preventiva. Delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Paciente primário. Circunstâncias favoráveis. Concessão de liberdade provisória mediante imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. *William Roberto Casimiro Braga*, defensor público, em favor de *M. A. DA S.*, sob a alegação de ilegal constrangimento por parte do D. Juízo de Direito da Vara Plantão – 00ª CJ – da Comarca da Capital, que decretou a prisão preventiva do paciente, em razão da suposta prática do crime previsto no artigo 215-A, do Código Penal.

Pugna o impetrante pelo relaxamento da prisão preventiva do paciente, como consequência da subsunção de sua conduta ao artigo 233, do Código Penal e não ao delito de importunação sexual, bem como requer a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal. De forma subsidiária, pleiteia a revogação da prisão preventiva sem imposição de medidas cautelares, em face da ausência dos requisitos e fundamentos autorizadores, ou, ainda, sob a imposição das demais medidas previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal (fls. 01/39).

A liminar foi parcialmente deferida (fls. 88/94).

O MM. Juiz de Direito do DIPO-3 da Comarca de São Paulo prestou informações (fls. 102/108).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Martha de Toledo Machado, opinou pelo parcial conhecimento e parcial concessão da ordem, a fim de substituir a prisão preventiva do paciente pelas cautelares alternativas definidas na decisão liminar (fls. 111/123).

É, em síntese, o relatório.

A ordem deve ser parcialmente concedida. O paciente foi denunciado porque, em tese, no dia 05 de outubro de 2022, por volta das 00h20, na Avenida Nagib Farah Maluf, n. 1.500, José Bonifácio, nesta cidade e Comarca, praticou contra a vítima V.P.S., e sem sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia.

Segundo consta da denúncia, M. adentrou um dos vagões de trem da CPTM, com destino ao bairro do Brás, e se sentou defronte à vítima. Ato contínuo, retirou seu pênis das vestes e, com olhar à vítima, em tom risonho, começou a se masturbar. Em razão do ato criminoso, a vítima mudou-se de assento. Contudo M. a seguiu, novamente parou na frente dela e, com o olhar fixo, conti-

Acesso ao Sumário

nuou a se masturbar. Na sequência, M. foi abordado e detido por seguranças da CPTM, que foram acionados pela vítima, e conduzido à Delegacia de Polícia, onde se manteve em silêncio.

Alega o impetrante que a conduta imputada em desfavor do paciente se enquadra no tipo previsto no artigo 233, do Código Penal, e não no crime de importunação sexual, o que não permitiria a decretação da medida acautelatória preventiva em seu desfavor e justificaria a remessa dos autos originais para o juizado especial criminal.

Contudo, como já aventado em sede liminar, a tipificação delituosa não se revela errônea, havendo indícios de que a conduta do paciente se amolda ao crime previsto no artigo 215-A, do Código Penal, uma vez que este não prescinde do contato pessoal do acusado para com a vítima. Neste sentido:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. 1. PLEITO DE ADEQUAÇÃO TÍPICA. OFENSA AOS ARTS. 213, 215-A E 216-A DO CP. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA QUANTO À CONDUTA. EXAME QUE NÃO ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. 2. ASSÉDIO SEXUAL. RELAÇÃO DE HIERARQUIA CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO PARA OBTER FAVOR SEXUAL. ELEMENTARES NÃO IDENTIFICADAS. 3. CRIME DE ESTUPRO. ATO LIBIDINOSO DESCRITO. VÍTIMA AGARRADA À FORÇA. DESVENCILHAMENTO. AUSÊNCIA DE SUBJUGAÇÃO. VIOLÊNCIA NÃO CONFIGURADA. 4. **IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ATO LIBIDINOSO CONTRA A VÍTIMA.** AUSÊNCIA DAS ELEMENTARES DOS DEMAIS TIPOS. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA CONHECER DO AGRAVO E DO RECURSO ESPECIAL, DANDO-LHE PROVIMENTO. (...)
>
> **4. Quanto ao tipo penal do art. 215-A do CP, tem-se que "comete o crime de importunação sexual qualquer um que realize ato libidinoso em relação a outra pessoa (<u>com ou sem contato físico, mas visível e identificável</u>), satisfazendo seu prazer sexual, sem que haja concordância válida das partes envolvidas (supondo-se a anuência de adultos)". (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal - parte especial. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 769). Nesse contexto, constata-se que a conduta imputada melhor se subsome ao tipo de importunação sexual, tipo subsidiário, verdadeiro "soldado de reserva", que se aplica quando não é possível preencher os elementos normativos dos tipos penais mais gravosos, conforme se verificou na presente hipótese.**

Acesso ao Sumário

5. Agravo regimental a que se dá provimento para conhecer do agravo e do recurso especial, dando-lhe provimento, para desclassificar a conduta do recorrente para o crime de importunação sexual. (AgRg no AREsp n. 1.844.610/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021.)

A propósito, nos ensina o i. doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Para deixar clara a existência de uma vítima direta – e não algo voltado à coletividade (como é o caso da prática de ato obsceno – art. 233, CP) –, inseriu-se a expressão contra alguém (contra qualquer pessoa humana, sem distinção de gênero). Mesmo sendo desnecessário, ingressou-se com elementos pertinentes à ilicitude, moldando a expressão sem a sua anuência (sem autorização, sem consentimento válido). E, finalizando, o tipo penal indica a finalidade específica do ato libidinoso, que é praticamente óbvia: satisfação da própria lascívia (prazer sexual) ou de terceiro.

Em cenário sexual, pessoas acima de 14 anos podem dar consentimento válido para o contato sexual. Por outro lado, sem o consentimento, inúmeras condutas podem ser inseridas no contexto do novo crime: masturbar-se na frente de alguém de maneira persecutória; ejacular em alguém ou próximo à pessoa, de modo que esta se constranja; exibir o pênis a alguém de maneira persecutória; tirar a roupa diante de alguém, igualmente, de maneira persecutória, entre outros atos envolvendo libidinagem, desde que se comprove a finalidade específica de satisfação da lascívia, ao mesmo tempo que constranja a liberdade sexual da vítima."

(Nucci, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 3. 5th edição. Grupo GEN, 2021)

É certo que a questão deverá ser objeto de análise pelo d. juízo *a quo*, após regular dilação probatória, sendo vedada sua apreciação por meio do presente *writ*.

Entretanto, considero ausentes os fundamentos e requisitos autorizadores da prisão preventiva, porquanto o delito em tese praticado pelo paciente não se reveste de violência ou grave ameaça, o que revela a desnecessidade da decretação da medida acautelatória.

Aliado a isto, constata-se que o paciente é primário e sem antecedentes criminais (certidões e folhas de antecedentes de fls. 28 e 29/31 – autos originais), de modo que não há elementos concretos indicando que ele se dedique habitualmente a atividades ilícitas.

Por outro lado, verifico a necessidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, conforme salientado pelo d. juízo de plantão: *"O fato é mais grave do que o comum. A abordagem se deu em local de grade circulação de pessoas, o que demonstra a ousadia da conduta. Outrossim, de-*

Acesso ao Sumário

nota-se que o averiguado expôs seu órgão sexual em pleno vagão do metrô e passou a masturbar-se olhando para a vítima, a qual mudou de local para evitar a importunação, mas o averiguado a seguiu e reiterou a conduta. Portanto, vislumbra-se um escalonamento na conduta do autuado, já que mesmo tendo a vítima tentando se afastado do averiguado este foi em sua direção" (fls. 38/40 autos originais).

Nesse contexto, as circunstâncias do caso são favoráveis à concessão de liberdade ao paciente, mediante a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, II e IV, do Código de Processo Penal, quais sejam, comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades, proibição de contato com a vítima e proibição de ausentar-se da Comarca, sob pena de revogação da presente benesse, nos termos do artigo 282, § 4º, do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do *habeas corpus* e concedo parcialmente a ordem para conferir a liberdade provisória em favor de *M. A. DA S.*, mediante imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, II e IV, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2250010-64.2022.8.26.0000, da Comarca de Arujá, em que é paciente RODNEY FERREIRA RAMOS e Impetrante ILDEBRANDO DANTAS DA SILVA JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.747)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HABEAS CORPUS – Artigos 157, "caput" c.c. § 2º, inciso VII, do Código Penal – Alegação de excesso de prazo para a formação da culpa – Inocorrência – Inexistência de violação do princípio da razoabilidade na duração do processo – Ausência de

negligência ou descaso do Juízo na condução do feito – Concessão de liberdade provisória – Descabimento – Presença de prova da materialidade e de suficientes indícios de autoria – Decisão fundamentada – Presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar – Gravidade concreta do delito, praticado com emprego de arma branca.

Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado, Dr. Ildebrando Dantas da Silva Junior, em favor de RODNEY FERREIRA RAMOS, alegando que ele estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da 1ª Vara da Comarca de ARUJÁ, pela ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa e pela conversão de sua prisão em flagrante em preventiva, a pedido do Ministério Público (mídia audiovisual), nos autos da ação penal nº 1501820-58.2022.8.26.0535, em que se viu denunciado como incurso nos artigos 157, "caput" c.c. § 2º, inciso VII, do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa, aduzindo que o paciente foi preso em flagrante no dia 23 de julho de 2022 e, até a data da presente impetração, a instrução criminal não havia sido encerrada, pois se aguarda a realização de audiência de instrução, designada apenas para o dia 07 de dezembro de 2022. Conclui, afirmando que o paciente é o responsável pelos cuidados da avó cadeirante e que, embora faça tratamento psicológico, está a procura de uma clínica para internação.

Sustenta, ainda, que se trata de réu primário e que a decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória carece de fundamentação concreta.

Postula a concessão da ordem, para que a prisão do paciente seja relaxada ou para que lhe seja concedida liberdade provisória.

A liminar foi indeferida (fls. 34/35).

Dispensado o pedido de informações, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 39/44).

É o relatório.

O paciente RODNEY FERREIRA RAMOS foi denunciado porque no dia 23 de julho de 2022, por volta das 10:46 horas, na Avenida Azaléia, nº 487, Cidade e Comarca de Arujá, subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, 1 (um) aparelho celular, marca Huawei, pertencente à Marlene das Dores de Azevedo Meneghini.

Acesso ao Sumário

De acordo com informações extraídas dos registros eletrônicos desta Corte, se aguarda a realização da audiência de instrução designada para o dia 07 de dezembro de 2022.

Inicialmente, em relação ao alegado excesso de prazo, segundo consta dos autos, o paciente foi preso em 23 de julho de 2022 (fls. 01/02), a denúncia foi recebida em 10 de agosto de 2022 e, em 15 de setembro p.p., ao analisar pedido de liberdade provisória, que acabou indeferido, bem como a resposta à acusação apresentada, o Juízo "a quo" já designou audiência de instrução para o dia 07 de dezembro de 2022.

Assim, não há que se falar em desídia ou negligência na condução do processo por parte da autoridade apontada como coatora e, muito menos há que se falar em violação ao princípio da razoabilidade na duração do processo.

Examinando-se os autos, verifica-se que em 24/07/2022 a prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva, decisão que encontra amparo na legislação vigente e se apresenta adequadamente fundamentada (fls. 32/34 dos autos originários), conforme transcrição parcial a seguir:

"(...) Da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, em cognição sumária, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes do crime de roubo, conforme se depreende do auto de prisão em flagrante (fls. 01/02) e dos termos de depoimentos e declarações (fls. 03, 04, 05, 06 e 07).

O crime em questão é concretamente grave.

Com efeito, trata-se de delito de roubo praticado mediante grave ameaça exercida com utilização de uma faca. A vítima relatou que, como não conseguia entregar o celular por estar muito nervosa, o autuado encostou a faca em seu corpo, ameaçando-a.

A prisão em flagrante e a recuperação do celular roubado somente foram possíveis graças à atuação de um popular que presenciou o roubo, seguiu o autuado e recuperou o bem subtraído. Nesse contexto, a prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública, como forma de evitar que novas infrações penais sejam cometidas, e, ainda, para a instrução criminal, tendo em vista que o autuado precisa ser citado, caso haja o oferecimento da denúncia, e a vítima precisa ser ouvida em audiência judicial, oportunidade em que será realizado o reconhecimento.

Ademais, anote-se que medidas cautelares alternativas à prisão se mostram insuficientes e inadequadas para o caso concreto.

Por fim, ressalte-se que a existência de condições pessoais favoráveis, como a primariedade, os bons antecedentes, a ocupação lícita e a residência fixa, não tem o condão de, por si sós, afastar a necessidade da custódia cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que

Acesso ao Sumário

autorizem a decretação da prisão preventiva (...).”

Em 15 de setembro de 2022, foi indeferido pedido buscando a concessão de liberdade provisória pelos mesmos motivos enumerados na decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, com o acréscimo de que, com a realização da audiência de instrução já designada, será examinada a possibilidade de instauração de incidente de dependência toxicológica (fls. 116/119 dos autos originários).

Sobre este remédio constitucional, observa-se que tem como objetivo primordial afastar indevida restrição à liberdade de locomoção que tenha sido determinada de maneira flagrantemente ilegal ou mediante abuso de poder, **o que não se verificou neste caso concreto.**

Conforme se extrai do trecho transcrito, a decisão menciona o preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP, fundamentando-se em aspectos concretos e individualizados, aptos para justificar tanto a custódia preventiva, quanto a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Foi feita, no mais, expressa referência a aspectos pessoais do paciente, assim como quanto à gravidade concreta do crime supostamente praticado, o que afasta qualquer ilegalidade do ato.

Ademais, impõe-se destacar que a primariedade do paciente, por si só, não justifica a revogação da prisão preventiva quando há nos autos elementos aptos a justificarem sua manutenção. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS TRÁFICO DE DROGAS. TESES NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. RECURSO DE APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO NA ORIGEM CONCLUSO AO RELATOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 11ª Câmara – Seção Criminal Habeas Corpus Criminal nº 2301570-16.2020.8.26.0000 – Matão 6 POR SI SÓS, NÃO GARANTEM A REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA QUANTO HÁ ELEMENTOS CONCRETOS NO AUTOS A MANTER A CUSTODIA CAUTELAR. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ... IV - **Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.** Agravo regimental desprovido.”. (STJ AgRg no RHC 121.647/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020).

Desta forma, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado pelo presente *writ*.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **DENEGA-SE A ORDEM.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2163671-05.2022.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é paciente TOMAS CORRONS, Impetrantes CAIO HENRIQUE GODOY DA COSTA, LEONARDO MASSUD, PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE, RENATO LOSINSKAS HACHUL, LEANDRO SARCEDO e RICARDO LOSINSKAS HACHUL.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram parcialmente e, nessa extensão, concederam a ordem tão somente para declarar a incompetência da Justiça Estadual e determinar a remessa do processo a uma das Varas Federais da Justiça Federal da 14ª Subseção Judiciária, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.336)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente) e MARCELO GORDO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Descumprimento de medidas protetivas de urgência, Coação no Curso do Processo e Contravenção Penal (perturbação da tranquilidade), no âmbito da Lei nº 11.340/06 – Insurgência contra a manutenção do recebimento da denúncia – Alegações de incompetência do juízo e de atipicidade das condutas – Admissibilidade parcial – Competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, V, da Constituição Federal – Crimes transnacionais, cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha que é produto de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário – Hipótese, ademais, em que este Egrégio Tribunal já decidiu pela aplicação da Lei 11.340/06, por ocasião do julgamento de revisão criminal em processo que possui conexão com a ação penal de origem – Demais pontos da presente impetração não co-

Acesso ao Sumário

nhecidos, pois hão de ser submetidos ao Juízo competente. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos Advogados Leonardo Massud, Leandro Sarcedo, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Losinskas Hachul, Ricardo Losinskas Hachul e Caio Henrique Godoy da Costa, com pedido de liminar, em prol de **Tomas Corrons**, denunciado como incurso no artigo 24-A, da Lei nº 11.340/06, na forma do artigo 71, *caput*, do Código Penal, no artigo 344, *caput*, do Código Penal e no art. 65, do Decreto-lei nº 3.688/42 (aplicação ultrativa), em consonância com a Lei nº 11.340/06, na forma do artigo 71, *caput*, do Código Penal, todos os artigos combinados na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal, contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Bernardo do Campo, sob a alegação de constrangimento ilegal, mercê da manutenção do recebimento da denúncia, rejeitando a exceção de incompetência do Juízo e as teses contidas na resposta à acusação de atipicidade das condutas. Sustentam incompetência do Juízo, por inaplicabilidade da Lei nº 11.340/06, uma vez que o paciente e a vítima C. jamais tiveram qualquer tipo de relação familiar, doméstica ou sequer de afetividade íntima, não justificando a aplicação da referida legislação o fundamento da relação íntima de afeto putativa entre o autor e a ofendida. Ademais, acenam com a incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar o feito em razão da matéria (CF. art. 109, V), tendo em vista o caráter transnacional do delito cometido a partir da Argentina, por meio da rede mundial de computadores, bem como que a Lei Maria da Penha é produto de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (promulgada pelo Decreto nº 4.377/2002) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto nº 1.973/1996). Defendem, ainda, a atipicidade das condutas imputadas ao paciente, pois ele é acusado de ter feito contato com a vítima no mês de agosto de 2020, momento em que as medidas protetivas decretadas nos autos nº 0023394-37.2016.8.26.0564 não estavam vigentes, quer porque o transito em julgado da sentença condenatória do paciente naquele processo, ocorrido em abril de 2017, é tido como o limite final da aplicação daquelas; quer porque a aludida ação penal na qual elas formam deferidas foi declarada nula por incompetência absoluta do Juízo. Ademais, acenam com a atipicidade da imputação de coação no curso do processo, por ausência de qualquer ameaça na suposta mensagem enviada pelo paciente à ofendida, bem como porque ela não exerceu nenhum papel na ação de justificação e sua eventual retratação na

Acesso ao Sumário

ação penal nº 0023394-37.2016.8.26.0564 – que sequer era possível – não traria absolutamente nenhum benefício ao autor.

Por isso, requerem a concessão da ordem para reconhecer a incompetência do Juízo impetrado ou, subsidiariamente, trancar a ação penal.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária apontada como coatora, o i. Procurador de Justiça manifesta-se pelo não conhecimento e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

Há oposição a julgamento virtual (fls. 1152).

É o relatório.

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, parcialmente cognoscível, é de ser concedida, na parte conhecida.

O conhecimento parcial da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer coação ilegal, mercê da rejeição da exceção de incompetência do Juízo, a afetar, em tese, a sua liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente está sendo acusado de descumprir decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº. 11.340/06; de usar de grave ameaça, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher com o fim de favorecer interesse próprio, contra a vítima C. B. C., em processo de justificação criminal; bem como de perturbar a tranquilidade da ofendida, por acinte ou outro motivo reprovável, também no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Segundo consta, tais delitos teriam sido cometidos a partir da Argentina, país de residência do paciente, por meio da *internet*.

Cumpre registrar, de início, ser de nenhum efeito a decisão do MM. Juiz *a quo*, proferida em 01 de agosto de 2022 (durante o curso da presente ação de *habeas corpus*)[1], que, reconsiderando *decisum* anterior, acolheu a exceção de incompetência do Juízo de origem. É que, embora correta a aludida decisão, faltava legitimidade ao Magistrado prolator, na medida em que o processo se encontrava suspenso por força de determinação deste Egrégio Tribunal, contida na liminar deferida nos presentes autos. Aliás, constitui premissa de direito que o acessório segue o principal, de modo que, suspensa a ação penal, tal condição se estende aos seus incidentes, ainda que tramitem em autos apartados.

No entanto, considerando que os delitos apurados na ação penal de origem são transnacionais, eis que foram praticados a partir da Argentina por meio da Rede Mundial de Computadores, bem como que a Lei nº 11.340/06 é produto de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, especialmente a

Acesso ao Sumário

1 - p - 1184/1186.

Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (promulgada pelo Decreto 4.377/2002) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto nº 1.973/1996), compete mesmo à Justiça Federal julgá-los, em conformidade com o disposto no artigo 109, incisos V, da Constituição Federal.

O artigo 109, V, da Constituição Federal, preconiza: "Artigo 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: ... V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Veja, neste sentido, decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTADUAL X JUÍZO FEDERAL. AMEAÇAS DE EX-NAMORADO A MULHER VIA FACEBOOK. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL BRASILEIRA. PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA QUE DISPENSA FORMALIDADES. AMEAÇAS REALIZADAS EM SÍTIO VIRTUAL DE FÁCIL ACESSO. SUPOSTO AUTOR DAS AMEAÇAS RESIDENTE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CRIME À DISTÂNCIA. FACEBOOK. SÍTIO VIRTUAL DE FÁCIL ACESSO. INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA. O BRASIL É SIGNATÁRIO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À MULHER. A LEI MARIA DA PENHA DÁ CONCRETUDE ÀS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS FIRMADAS PELO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Está caracterizada nos autos inequívoca intenção da vítima em fazer a notitia criminis do delito de ameaça, sendo certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é firme no sentido de que a representação da ofendida, nas ações penais públicas condicionadas, prescindem de formalidade. Precedentes. No caso concreto, o boletim de ocorrência, que instrui o presente incidente, demonstra de forma clara que a suposta vítima narrou as ameaças sofridas, relatou à autoridade policial que estava com medo, sendo evidente sua intenção de apuração dos fatos delituosos. A vítima também peticionou junto à Justiça Federal pleiteando os benefícios da justiça gratuita, bem como medidas protetivas, narrando, com clareza cristalina, que o suposto autor delituoso praticou ameaça descrita no art. 147 do Código Penal - CP. Diante disso, identifica-se que houve narrativa de fato típico, sendo evidente a intenção da vítima de dar

Acesso ao Sumário

conhecimento dos fatos às autoridades policiais e judiciárias, a fim de que fosse garantida a sua proteção. Trata-se, portanto, de pedido de medida protetiva de natureza penal. 2. Segundo o art. 109, V, da Constituição Federal - CF, compete aos juízes federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente." Encontrando-se o suposto autor das ameaças em território estrangeiro, uma vez que não se tem notícia do seu ingresso no país, tem-se um possível crime à distância, tendo em vista que as ameaças foram praticadas nos EUA, mas a suposta vítima teria tomado conhecimento do seu teor no Brasil. 3. O Brasil é signatário de acordos internacionais que asseguram os direitos das mulheres - a exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), promulgada pelo Decreto n. 84.460/1984. Tais convenções apresentam conceitos e recomendações sobre a erradicação de qualquer forma de discriminação e violência contra as mulheres. Em situação semelhante ao caso concreto, o argumento da competência da Justiça Estadual diante da ausência de tipificação em convenção internacional foi derrubado pelo Supremo quando da análise de crimes de pedofilia na Internet. Com efeito, em julgamento de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, entendeu pela competência da Justiça Estadual fundamentando não haver tratado endossado pelo Brasil prevendo crime, mas apenas a ratificação do Brasil à Convenção sobre os Direitos da Criança da Assembleia das Nações Unidas. Todavia, o Ministro Edson Fachin abriu divergência e foi seguido pela maioria do Plenário. Segundo a tese vencedora, o Estatuto da Criança e do Adolescente é produto de tratado e convenção internacional subscritos pelo Brasil. (RE 628.624, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016) Destarte, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, embora as Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil não tipifiquem o crime de ameaça à mulher, a Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas, veio concretizar o dever assumido pelo Estado Brasileiro

Acesso ao Sumário

de proteção à mulher contra toda forma de violência. 4. No caso concreto é evidente a internacionalidade das ameaças que tiveram início nos EUA e, segundo relatado, tais ameaças foram direcionadas à suposta vítima e seus amigos, por meio da rede social de grande alcance, qual seja, o Facebook. 5. Conflito conhecido, para declarar a competência do o Juízo Federal da 1ª Vara de São José dos Campos - SJ/SP, o suscitado".[2]

Vale lembrar, ainda, que a ação penal de origem (feito nº 1500150-29.2021.8.26.0564), que apura dentre outros crimes, o descumprimento de medidas protetivas de urgência, possui conexão com o processo número 0023394-37.2016.8.26.0564, em cujos autos elas foram decretadas.

Ora, este Tribunal já declarou a nulidade, em sede de revisão criminal[3], de todos os atos decisórios daquele processo (0023394-37.2016.8.26.0564), por entender não ser o caso da competência da Justiça Estadual e o fez exatamente por considerar que os delitos lá apurados, foram praticados no âmbito da Lei n. 11.340/06, mesmo porque, se assim não fosse, não haveria fundamento legal ou constitucional para determinar, naquela ocasião, remessa dos autos à Justiça Federal.

Logo, não se pode pretender obter solução diversa no caso em apreço, máxime porque a ação penal de origem apura o descumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas no processo 0023394-37.2016.8.26.0564, evidenciando existência de conexão entre ambos os feitos.

Destarte, a melhor solução repousa em reconhecer a incompetência da Justiça Estadual, nos termos do artigo 109, incisos V, da Constituição Federal e, em consequência, não conhecer dos demais pontos da presente impetração, sobre os quais há de se pronunciar Juízo competente.

3. Pelo exposto, **conhece-se parcialmente** e, nessa extensão, **concede-se** a ordem tão somente para declarar a incompetência da Justiça Estadual e determinar a remessa do processo a uma das Varas Federais da Justiça Federal da 14ª Subseção Judiciária, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2266185-36.2022.8.26.0000, da Comarca de Bertioga, em que é paciente T. A.

2 CC 150712/SP CONFLITO DE COMPETENCIA 2017/0014052-4, RELATOR Ministro JOEL ILAN PACIORNIK (1183), ÓRGÃO JULGADOR S3 - TERCEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 10/10/2018, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 19/10/2018.

3 Revisão Criminal nº 2157495-44.2021.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

D. e Impetrante M. G. C..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "denegaram a ordem impetrada. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.896)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 2 de dezembro de 2022.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – INQUÉRITO POLICIAL QUE APURA SUPOSTA PRÁTICA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – ESCUTA ESPECIALIZADA DA VÍTIMA MENOR – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO VERIFICADO – Insurgência contra o deferimento da colheita de depoimento especial da vítima, nos termos da Lei 13.431/2017, mediante decisão carente de fundamentação idônea, não se demonstrando a urgência e a necessidade da medida, requerendo a cassação da decisão impugnada – IMPOSSIBILIDADE – Demonstrada a urgência e relevância da medida excepcional. A fundamentação adotada pela autoridade impetrada baseia-se no fato de se estar diante de possível crime sexual praticado contra adolescente, que merece especial proteção, sendo recomendável para tal fim que seu depoimento seja colhido o quanto antes, resguardando-se a fidedignidade das declarações para o esclarecimento do ocorrido, possibilitando-lhe que eventuais traumas possam ser superados com a maior brevidade possível.

Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de T. A. D., com pedido liminar, apontando o MM. Juiz da 1ª Vara Judicial da Comarca de Bertioga como autoridade coatora, nos autos da cautelar de produção antecipada de pro-

vas nº 1002748-88.2022.8.26.0075, apensada ao inquérito policial nº 1506728-54.2020.8.26.0075.

Aduz o impetrante que o paciente está sendo investigado por suposta infração ao artigo 217-A do Código Penal, que teria como vítima sua filha.

Alega constrangimento ilegal decorrente do deferimento da produção antecipada de prova pela autoridade impetrada, mediante decisão carente de fundamentação concreta, determinando a realização depoimento especial da vítima, nos termos da Lei 13.431/2017, sem que fosse determinada a urgência e a necessidade da medida, vez que decorridos quase dois anos dos supostos fatos.

Sustenta que se trata de crime de ação penal pública incondicionada, que não foi ainda instaurada, de modo que a representante da menor não foi admitida como assistente de acusação e, assim, não teria legitimidade para formular tal requerimento.

Requer o deferimento da medida liminar, para a suspensão da colheita do depoimento especial e, no mérito, a concessão da ordem, para que seja cassada a decisão impugnada (fls. 1/9).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 39/40).

Prestadas informações pela autoridade judiciária, apontada como coatora (fls. 39/40), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Dr. Eduardo Henrique Amancio de Souza, pela denegação da ordem (fls. 49/53).

Este, em síntese, é o relatório.

Verte das informações prestada pela autoridade judiciária em 16 de novembro de 2022, *in verbis*:

"Trata-se, na origem, de cautelar de produção antecipada de provas pleiteada por D. P. DE C em face de T. A. D., ora paciente.

"Antes de adentrar no feito objeto da impetração, importa ressaltar que, além do presente processo, encontra-se em curso ação de divórcio envolvendo as mesmas partes (nº 1002780-98.2019.8.26.0075), também em curso perante a 1ª Vara de Bertioga/SP. Na ação de divórcio, no dia 05 de setembro de 2022, proferi a seguinte decisão:

> *"Chamo o feito à ordem.*
>
> *'Compulsando os autos do inquérito policial de nº 1506758-54.2020.8.26.0075, também de competência deste Juízo, observo que não foi realizado depoimento especial, ao contrário do que sustentado na manifestação de fls.1788/1790. Houve, de fato, escuta especializada, devidamente encartada às fls. 281 e seguintes dos referidos autos, o que não supre a prova necessária para o deslinde do feito.*
>
> *"A Lei 13.431/2017, que introduziu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cla-*

ramente diferencia os institutos, conforme se depreende de seus artigos 7º e 8º:

"Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

"Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

"Ainda que realizada no inquérito policial, a escuta especializada tem como objetivo munir a rede de proteção com elementos indispensáveis para a sua atuação. Não se presta, ao menos diretamente, a produzir prova em processo judicial, já que não é efetuada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ao contrário, o depoimento especial, conforme se depreende dos artigos 11 e seguintes da referida norma, é produzido em sede judicial, preferencialmente em produção antecipada de provas, garantindo-se a ampla defesa.

"Não obstante o fato de que a norma não preveja expressamente a competência do Juízo Criminal, tal elemento é inerente ao requisito de violência, conforme artigo 1º. Ademais, há de se considerar os efeitos que eventual sentença penal produz no processo cível (artigo 63 do CPP), os quais não são recíprocos. Rejeito, portanto, o parecer de fls. 1788/1790, pois, além de pretender antecipar considerações quanto à materialidade e autoria delitivas que não competem à parte, não há intervenção da vítima ou de seu representante legal como assistente de acusação antes do recebimento da denúncia (art. 268 do CPP). Por ser impertinente, determino o seu desentranhamento.

"Determino o desentranhamento, ademais, dos documentos de fls.1799/1863, já que não demonstrada qualquer das hipóteses do artigo 437, § 1º do CPC.

"No mais, cancelo a audiência designada para o dia 04 de outubro de 2022 e determino a suspensão do processo até a realização de depoimento especial no processo 1506758-54.2020.8.26.0075, com fundamento no artigo 313, V, "b" do Código de Processo Civil. O depoimento, ademais, deverá ser requerido no feito criminal por um dos legitimados.

"Conforme já fundamentado, a prova mostra-se indispensável para o avanço do processo e, não obstante o entendimento das partes, não pode ser realizada neste feito. Ainda que a audiência não tenha como objeto exclusivo a regulamentação da guarda, há de se convir que a prova tem o condão de implicar novos direcionamentos no processo,

Acesso ao Sumário

tornando prematura, respeitado o entendimento até então manifestado, a designação de audiência. Fica expressamente rejeitada, quanto ao tópico, a manutenção da audiência para instrução parcial do processo, considerando os inerentes prejuízos de separação de atos, especialmente quanto provável a necessidade de reiteração.

"Houve, portanto, suspensão do processo de divórcio até a realização do depoimento especial ora determinado. A decisão atacada, conforme se depreende da transcrição realizada à fl. 48, expressamente se referiu à fundamentação apresentada nos referidos autos, assim como no inquérito policial nº 1506728-54.2020.8.26.0075.

"Tratando-se de depoimento especial, conforme artigo 11 da Lei 13.431/2017, o procedimento é realizável mediante produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa, não se falando em urgência. De se ressaltar, ademais, que a produção antecipada de provas, conforme preconiza o artigo 381 do Código de Processo Civil, não apresenta natureza necessariamente cautelar, mas, no caso do depoimento especial, decorre do regime livremente adotado pelo Legislador. Não se confunde com o artigo 366 do Código de Processo Penal, tendo em vista que inexiste denúncia.

"Reconhecendo-se da legitimidade da representante da vítima (art. 382 do CPC), não se confundindo com a sua atuação como assistente de acusação (art. 268 do CPP), este Juízo recebeu a inicial e determinou a citação do réu.

"Devidamente citado o ora impetrante pleiteou a realização do depoimento especial nesta comarca, com a intervenção do Conselho Tutelar (fls. 23/26), o que foi indeferido pelo Juízo (fl. 28). Após o indeferimento, o réu novamente pleiteou a realização do ato nesta comarca, com profissional local (fl. 31/33), o que foi objeto de nova negativa (fl. 34).

"Por fim, expediu-se carta precatória (fl. 43) para a realização do ato." (fls. 43/46).

A ordem deve ser denegada.

Com efeito, embora a oitiva da vítima antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, verifica-se que a aplicação da medida impugnada encontra-se devidamente justificada, ante a necessidade de proteção à vítima adolescente e a possibilidade de esquecimento dos fatos pelos possíveis traumas psicoemocionais sofridos e pelo próprio decurso do tempo, sem prejuízo de influências ocasionadas por pressões no âmbito familiar.

A cautelar de produção antecipada da prova, consistente na colheita de depoimento especial da ofendida de suposta violência sexual, foi requerida, com base no artigo 11, § 1º, inciso II, da Lei 13/431/2017, apontando urgência na realização da medida, nos seguintes termos, *in verbis;*

> "Derradeiramente, como já informado, M. realiza trabalhos com a psicóloga Dra. T.M., com fito de amenizar a dor em relação ao que sofrera. Frisamos, Excelência, que há urgência na realização deste feito.

Acesso ao Sumário

> Postergar este depoimento implicaria em deixar M. sofrendo o amargo do trauma sem necessidade, pois a terapia não pode evoluir enquanto permaneçamos neste limbo.
>
> "Há certos exercícios dentro do processo terapêutico que buscarão fazer com que sejam minimizados os traumas sofridos por M. Porém, não podem ser iniciados ainda, haja vista, há a necessidade de seu depoimento especial. Enquanto houver necessidade de sua palavra sobre esses fatos, não poderá M. avançar no tratamento que recebe. E lembrar é reviver. Queremos não mais ter que voltar a ouvi-la, tampouco fazer com que ela revisite essa memória desnecessariamente. Assim, lhe daremos dignidade e a preservaremos. Este é o motivo da urgência." (fls. 11).

A fundamentação adotada pela autoridade impetrada baseia-se no fato de se estar diante de possível crime sexual praticado contra adolescente, que merece especial proteção, sendo recomendável para tal fim que seu depoimento seja colhido o quanto antes, resguardando-se a fidedignidade das declarações para o esclarecimento do ocorrido, possibilitando-lhe que eventuais traumas possam ser superados com a maior brevidade possível.

É cediço que a relevância da oitiva da menor é incontestável, e sua condição de adolescente suspeita de ser vítima de abuso sexual pelo próprio genitor é suficiente para que se antecipe a produção da prova testemunhal, estando demonstrada a urgência da medida.

Ademais, os fatos investigados ocorreram a dois anos, de modo que o seu depoimento poderá não ser fidedigno caso seja colhido em futuro incerto. Não raras vezes, pelo decurso do tempo, a vítima de violência sexual passa a negar a ocorrência do fato, como uma forma de defesa e esquecimento da experiência traumática a que foi submetida.

Por outro lado, quando o abusador faz parte do círculo de convivência da vítima, não é incomum que ameaças ou orientações impeçam que se revele a dinâmica dos acontecimentos vividos, tudo a recomendar que a sua oitiva se dê assim que a suspeita de crime sexual chegue ao conhecimento das autoridades responsáveis pela sua apuração.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, entendo que restou demonstrada a urgente necessidade de proteção à vítima menor, em consonância com as normas do Conselho Nacional de Justiça acerca do assunto (Recomendação nº 33/2010 e Resolução nº 105/2010), e a jurisprudência indicam que a vítima deva ser ouvida o quanto antes, e mediante o chamado "depoimento sem dano", visando evitar sua "revitimização".

Ademais, o impetrante não logrou demonstrar prejuízo concreto advindo da colheita antecipada da prova oral, mormente porque o depoimento especial será realizado em ambiente virtual, acompanhado pelas partes, respeitando-se o

contraditório e a ampla defesa.

Portanto, a decisão ora combatida que determinou a produção antecipada de prova, contém fundamentação concreta e idônea a justificar a necessidade e urgência da medida, em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal.

Outrossim, a matéria foi abordada de modo cabal pela Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu lúcido parecer, cujas considerações e fundamentos, aos quais acrescento ao presente como razões de decidir, *in verbis*:

"Tramitam na vara de origem o inquérito policial nº 1506728-54.2020.8.26.0075, que apura suposto crime de estupro de vulnerável que teria sido praticado pelo paciente contra sua filha, a ação de divórcio nº 1002780-98.2019.8.26.0075, proposta por D.P.C.D., genitora daquela suposta vítima, contra o paciente, e, enfim, a medida cautelar nº 1002748-88.2022.8.26.0075, em que a d. autoridade impetrada acolheu o requerimento para a realização da produção antecipada de prova, com o objetivo de colher o depoimento especial da vítima.

"A d. autoridade impetrada, tendo analisado os autos do inquérito policial, também de sua competência, teve conhecimento da escuta especializada da ofendida, em que essa confirmou a ocorrência do crime de estupro de vulnerável fls. 273/283 do feito nº 1506728-54.2020.8.26.0075.

"Em face disso e reputando que a fala da ofendida seria essencial para o deslinde de questões versadas na ação de divórcio, suspendeu o andamento dessa, por entender que tal prova não poderia ser produzida naquele feito, até que, no bojo da investigação criminal, fosse colhido agora o depoimento especial, em diligência a ser pleiteada por algum dos legitimados. Confira-se a fls. 1867/1869 da ação de divórcio, nº 1002780-98.2019.8.26.0075.

"Cabe destacar que tal decisão não foi impugnada pelas partes.

"E, em razão dela, a genitora da menor, autora da ação de divórcio, propôs a medida cautelar para a colheita do depoimento especial, sob a forma preconizada na Lei 13.431/17, que recebeu o nº 1002748-88.2022.8.26.0075.

"Manifestando-se acerca do pleito, o Ministério Público de São Paulo encampou-o e opinou fosse deferida a colheita do depoimento especial, em produção antecipada de prova fls. 12/13 daquele procedimento.

"E, enfim, a d. autoridade impetrada determinou sua realização, sob o pálio do contraditório, com a participação da defesa do investigado, que é também demandado na ação de divórcio, como se viu.

"Ora, não há o constrangimento ilegal apontado.

"A uma, que a produção da prova de que reclama o d. impetrante será realizada com a participação da defesa técnica, com pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa.

"A duas, que o depoimento especial, pleiteado pela autora da ação de divórcio, é prova imprescindível para o andamento e para o julgamento daquela demanda, conforme decidiu sem ser contestada a d. autoridade impetrada.

Acesso ao Sumário

"Ainda, de se notar que o *habeas corpus* tem sido utilizado largamente e mesmo em situações em que seu cabimento é, para dizer o menos, discutível.

"Todavia, seu escopo original, como preconizado pelo Constituinte, continua sendo o de afastar do direito à liberdade de ir, vir e permanecer ameaça derivada de ato ilegal de autoridade.

"Ora, a produção antecipada da prova, nas circunstâncias descritas na impetração, não causa nem risco de tal coação ilegal, na medida em que dela participará a defesa.

"De se notar, noutro giro, que não procede a alegação de ilegitimidade da ofendida para requerer a produção de tal prova, representada por sua genitora.

"Tomando por premissa que se trata de prova que interessará não apenas à ação penal futura, mas também ao processo de divórcio, é irrecusável a conclusão de que não falta legitimidade à própria ofendida para pleitear sua produção.

"E, de todo modo, tendo o *dominus litis* da ação penal anuído com sua produção, como se viu, resta prejudicada tal alegação.

"Cabe destacar, por oportuno, que há de prevalecer o interesse da vítima adolescente no confronto com o do indigitado agressor, porque são nesse sentido não apenas a própria Lei 13.431/17, mas os princípios constitucionais que informam os direitos e garantias da criança e do adolescente.

"Atende a tais princípios a colheita do depoimento sem dano, na forma da lei – por meio da produção antecipada de prova, assegurada a participação da defesa técnica e observado o contraditório –, não havendo incidência das normas processuais ordinárias que regem a matéria, quais sejam, a exigência de que se trate de situação de urgência e imprescindibilidade.

"A regra, no caso, é a do art. 11, § 1º, da Lei 13.431/2017, tendo o legislador dispensado a demonstração de tais requisitos – urgência e imprescindibilidade – para a realização da produção antecipada de prova.

"Enfim, não se divisa prejuízo para a defesa do paciente na colheita do depoimento especial. E, sem prejuízo, não se anula ato judicial, como se sabe. A propósito:

> "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. OITIVA ESPECIAL DA VÍTIMA. INFANTE. DEPOIMENTO SEM DANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MERA DISPOSIÇÃO LEGAL. LEI N. 13.341/17. ALEGADO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DA *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento da Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados

Acesso ao Sumário

casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - Conforme se apreende, o crime em voga teria sido cometido contra criança, que, atualmente, atingiu os 4 (quatro) anos de idade. Nesse contexto, deve-se considerar que a vítima se enquadra na condição de pessoa em desenvolvimento, merecendo ser tratada como tal, jurídica e psicologicamente. III - No que atine ao debate da medida cautelar de produção antecipada de provas em si, o eg. Tribunal de origem fundamentou de forma suficiente e adequada a sua decisão, bem como ressaltou a mera aplicação de Lei Federal que protege o melhor interesse da vítima (criança). A oitiva especial da vítima, mesmo que de tenra idade, além de não encontrar qualquer óbice legal, tampouco causa prejuízo à defesa. Deve-se rememorar que tal forma de depoimento visa à proteção da depoente/declarante precipuamente. IV - Nos termos do pacífico entendimento desta eg. Corte Superior, o processo penal é regido pelo "princípio do *pas de nullité sans grief* e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563). Precedente" (HC n. 365.684/PB, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, de DJe de 20/9/2016). V - Com efeito, desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, para concluir pela nulidade, exigiria, a toda evidência, ampla e profunda valoração de fatos e provas - incompatível com esta via célere do writ. Habeas corpus não conhecido." (STJ – HC n. 714.236/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022) – sem destaque no texto original.

"*In casu*, a produção da prova será feita nos termos do que determinou o legislador, não havendo prejuízo para a defesa." (fls. 50/53).

E, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Diante de todo o exposto, denega-se a ordem ora impetrada.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2199532-52.2022.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é paciente

DENISE VIEIRA RODRIGUES CORONEL e Impetrante FLAVIO CARDOSO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente sem voto), MENS DE MELLO e KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

IVANA DAVID, Relatora

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – IMPETRAÇÃO VISANDO ASSEGURAR O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPETRAÇÃO EXCEPCIONALMENTE CONHECIDA.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NÃO CARACTERIZADA, NÃO DECORRIDO O LAPSO EXTINTIVO DA PUNIBILIDADE DESDE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA PARA AMBAS AS PARTES – PARIDADE ENTRE AS PARTES – IMPOSSIBILIDADE DE ANTERIOR EXECUÇÃO – PRECEDENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE, ANOTANDO-SE, CONTUDO, A SUPERVENIENTE EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO 474/22-CNJ E DO COMUNICADO CG Nº 628/22-TJSP, A SEREM OBSERVADOS PELO MM. JUÍZO *A QUO* – ORDEM DENEGADA, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado FLÁVIO CARDOSO DE OLIVEIRA em favor de **DENISE VIEIRA RODRIGUES CORONEL**, sob a alegação de que estaria ela sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Santo André nos autos da ação penal nº 0026320-31.2010.8.26.0554.

Diz, em suma, que a paciente foi condenada pelo crime de uso de do-

Acesso ao Sumário

cumento falso, por duas vezes (um deles particular e o outro público), e que a pretensão executória do crime atinente ao documento particular encontra-se prescrita. Pugna, preliminarmente, pela suspensão do mandado de prisão e, ao final, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão executória em relação ao crime de uso de documento particular falso e, consequentemente, pela fixação do regime inicial aberto (fls. 01/08).

Denegando-se a liminar (fls. 30/33) e prestadas as informações às fls. 37/72, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da ordem (fls. 76/78), vindo os autos conclusos a esta relatoria em 20 de setembro de 2022.

É o relatório que se faz necessário.

De início, cumpre o registro de que a presente impetração nem era de ser conhecida, porquanto se cuida aqui de matéria atinente à execução.

Sem embargo disso, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição conheceu-se do *writ*, já regularmente processado, não merecendo acolhida a pretensão como se verá.

Também, desde logo, cumpre verificar que se olvidou o impetrante da necessidade de instrução do *writ* com peças suficientes que fossem capazes de evidenciar a pretensão desejada e a inteira veracidade do alegado - **ausentes certificações de trânsitos em julgado** (AgReg no HC nº 112.913/MG, rel. Minª Rosa Weber, j. em 12.3.2013), cabendo lembrar que o *habeas corpus* é ação constitucional que exige prova pré-constituída, apta a comprovar de plano a ilegalidade aduzida na petição inicial, não sendo possível tomar por certos fatos não comprovados pelo impetrante, que não diligenciou, *in casu*, no sentido de acostar documentação hábil a subsidiar a análise criteriosa – ainda que em cognição sumária – de seu pedido de expedição de ordem.

Não obstante isso, considera-se suprida a omissão por conta de consulta ao sistema de pesquisa de andamentos "*e-SAJ*" (http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?) e informações prestados pelo MM. Juízo *a quo*, que permitem verificar que a paciente **DENISE VIEIRA RODRIGUES CORONEL** foi condenada, em primeira instância, pela prática dos crimes descritos nos artigos 168, § 1º, III, e 304 (duas vezes), ambos do Código Penal, às penas totais de **07 anos, 04 meses e 16 dias de reclusão**, no regime fechado, e **53 dias-multa**, no piso.

Referida decisão transitou em julgado para o Ministério Público em 12.12.2016 (fl. 09 e consulta ao sistema), mas, inconformada, apelou a defesa, oportunidade em que esta e. Câmara Criminal, em julgamento realizado aos 20.06.2018, deu parcial provimento ao apelo e reconheceu, de ofício, a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação ao crime de apropriação indébita, restando, assim, a condenação por incursa nos artigos 304 c.c. o 297, e 304 c.c. o 298, na forma do 69, todos do Código Penal, às penas

Acesso ao Sumário

totais de **05 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão**, no regime fechado, e **36 dias-multa**, no piso (fls. 10/18).

Interposto Recurso Especial pela Defesa, ele não foi admitido por decisão proferida em 23.05.2019 (consulta ao sistema), e interposto o competente agravo contra o despacho denegatório, subiram os autos eletronicamente ao c. Superior Tribunal de Justiça, sendo negado provimento ao mesmo por decisão proferida em 25.03.2021.

Foram interpostos agravo regimental (desprovido em 10.08.2021), recurso extraordinário (negado seguimento em 28.09.2021) e agravo em recurso extraordinário (não conhecido em 07.12.2021), **advindo o trânsito em julgado do *decisum* aos 06.10.2021** (ARE no RE no AgRg no Agravo Em Recurso Especial nº 1583865 – SP).

Assim, comunicado o trânsito em julgado, o MM. Juízo de 1º grau determinou pela expedição do competente Mandado de Prisão para cumprimento da pena (fls. 19/20), sendo expedido na sequência o contramandado de prisão porque fixado o **regime semiaberto** pelo c. STJ por decisão prolatada em 16.08.2022 – HC nº 483342 / SP (fls. 23/27) e expedido ou mandado de prisão para cumprimento no regime intermediário (fl. 28), sem notícias de seu devido cumprimento.

Por fim, requerida a extinção da punibilidade do crime de uso de documento particular falso, o MM. Juízo de piso, aos 22.07.2022, indeferiu o pedido ao fundamento, em suma, de que *"os autos foram analisados por todas as Instâncias, de maneira que a alegação da prescrição, bem como modificação de regime devem ser pleiteados perante ao douto juízo da execução."* (fl. 22).

Busca agora, por meio deste *writ*, o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, ao argumento de que o prazo prescricional começa a correr da data do trânsito em julgado para a acusação, no caso 12.12.2016 (fl. 09 e consulta ao sistema).

Não há reparos na decisão impugnada.

Isto porque, nos termos do artigo 110 do Código Penal, o prazo de prescrição da pretensão executória deve ser iniciado após **o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.**

Ora, certo é que, por respeito ao Princípio da Igualdade das Partes, o trânsito em julgado dá-se quando não é mais cabível qualquer recurso de ambas as partes, e não somente da acusação, porquanto se exigiria que o prazo entrasse em vigência antes mesmo da possibilidade jurídica de início da execução.

Nesse sentido, o entendimento desta c. Câmara Criminal:

"Habeas corpus. Receptação. Art. 180, caput, do CP. Alegação de ocorrência da prescrição da pretensão executória. Inocorrência. Lapso prescricional não decorrido. ***Pretensão executória estatal que surge a par-***

Acesso ao Sumário

***tir do trânsito em julgado para ambas as partes**. Repercussão Geral da questão reconhecida, consoante tema nº 788 do STF, ainda não julgado. Precedentes da 1ª Turma do STF que consideram como marco do início da pretensão executória estatal o trânsito em julgado para ambas as partes. Acórdão confirmatório da condenação que interrompe a prescrição. Ordem denegada."* (Habeas Corpus nº 2060410-24.2022.8.26.0000, Rel. Reinaldo Cintra, julgado em 22.04.2022);

*"Agravo em execução. Pleito de reconhecimento do termo inicial da prescrição da pretensão executória, data do trânsito julgado para a acusação. Pretensão executória estatal que surge a partir do trânsito em julgado para ambas as partes. Repercussão Geral da questão reconhecida, consoante tema nº 788 do STF, ainda não julgado. Precedentes da 1ª Turma do STF que consideram como **marco do início da pretensão executória estatal o trânsito em julgado para ambas as partes**. Acórdão confirmatório da condenação que interrompe a prescrição. Recurso não provido."* (Agravo de Execução Penal nº 0003030-18.2021.8.26.0322, Rel. Klaus Marouelli Arroyo, julgado em 10.01.2022); e

*"Agravo em Execução Penal – Recurso defensivo requerendo a fixação do trânsito em julgado da condenação para a acusação como marco inicial da prescrição da pretensão executória – Impossibilidade – Diante do entendimento do Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, é descabida a execução antecipada da pena – **Surgimento da pretensão executória estatal se dá com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes – Marco inicial da prescrição executória deve ser o da exequibilidade da pena** – Descabida imputação de inércia ao Estado quando lhe era defeso agir no sentido de aplicar sanção penal ao condenado – Negado provimento."* (Agravo de Execução Penal nº 0019580-33.2021.8.26.0114, Rel. Fernando Simão, julgado em 18.11.2021).

Inviável, portanto, considerar-se o trânsito em julgado para a acusação como termo *a quo* da prescrição da pretensão executória, vez que a decisão apenas faz coisa julgada diante da não interposição de recurso de ambas as partes, a possibilitar a formação de título executivo para início de cumprimento de pena.

No caso, observo que a paciente foi condenada por uso de documento particular falso às penas de **01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão e 18 dias-multa**, no piso, e por uso de documento público falso às penas de **03 anos, 08 meses e 24 dias de reclusão e 18 dias-multa**, no piso, transitando em julgado a condenação peara ambas as partes em **06 de outubro de 2021**, como visto.

Dessa forma, considerando a pena aplicada à sentenciada, o lapso prescricional incidente para o uso de documento particular é de **04 anos** e para o uso de documento público é de **08 anos**, consoante a redação do artigo 109, incisos

Acesso ao Sumário

IV e V, do Código Penal.

Portanto, pelo entendimento desta Relatora, inviável o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão executória para o crime de uso de documento particular, porquanto, tendo como marco inicial a data do trânsito em julgado para ambas as partes, verifico que a prescrição ora analisada só ocorrerá em **06.10.2025**, ficando prejudicados os demais pedidos.

De outro lado, dada a recente publicação da **Resolução 474, de 09 de setembro de 2022, editada pelo Conselho Nacional de Justiça e do Comunicado CG nº 628/22 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, faz-se o oportuno registro de que o MM. Juízo *a quo* deve observar o ali contido, procedendo-se ao recolhimento do Mandado de Prisão, expedindo-se a competente intimação para que o paciente dê início ao cumprimento da pena.

Ante o exposto, CONHECE-SE DA IMPETRAÇÃO E DENEGA-SE A ORDEM, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2224142-84.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente VITOR ALMEIDA DO VALE e Impetrante MARCELO FELLER.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Marcelo Feller e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 8 de novembro de 2022

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. EXPEDIÇÃO DE CONTRAMANDADO DE PRISÃO.

1. Reiteração, em parte, do quanto já decidido no *Habeas Corpus* nº 0007119-51.2019.8.26.0000,

impossibilitando o conhecimento em relação à parte dos questionamentos.

Alegações de que o paciente não participou do crime em questão, apontando irregularidade no reconhecimento fotográfico, sendo inviável a apreciação das teses aventadas sobre o mérito da causa nos estreitos limites do "writ", por demandar profundo revolvimento probatório, sendo de rigor o não conhecimento.

2. Impossibilidade da pretendida revogação da prisão preventiva, sob a alegação de ausência de contemporaneidade, haja vista o paciente estar foragido desde o início do processo, citado por edital, processo suspenso nos termos do art. 366 do CPP, restando evidenciada a intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, o que justifica a manutenção da decretação da custódia cautelar, subsistindo os motivos que a ensejaram.

3. Descabida a alegação de que em audiência de instrução haverá alta probabilidade de ser reconhecida a inocência do paciente, pois tal assertiva é mais do que temerária, é mero e perigoso exercício de futurologia.

Constrangimento ilegal não verificado Ordem parcialmente conhecida e, nesse âmbito de cognição, denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelo advogado **Marcelo Feller**, em favor de **Vitor Almeida do Vale**, denunciado e com a prisão preventiva decretada por supostamente ter infringido o art. 157, §2º, II, do Código Penal, apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo da 6ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital**, em que se pleiteia a revogação da custódia cautelar, com expedição de contramandado de prisão.

De saída, a fim de demonstrar que o paciente não participou do crime em questão, salienta que sua prisão provisória foi revogada no bojo de processo que apurou fatos símiles, ao final do qual, inclusive, foi ele absolvido. Acrescenta, no mesmo intento, que o acusado, que sequer foi preso em flagrante, apenas foi denunciado por ser dono do veículo supostamente utilizado para a prática criminosa, tendo sido reconhecido, pela fotografia de sua CNH, em procedimento realizado ao arrepio do art. 226 do Código de Processo Penal.

Ressaltando que somente pesam em seu desfavor as palavras dos poli-

Acesso ao Sumário

ciais, frisa que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis e que se dispõe a participar da audiência de instrução, debates e julgamento, para ser submetido a procedimento regular de reconhecimento, mostrando-se o encarceramento medida desproporcional e desarrazoada, sobretudo porque designado o ato (audiência) apenas para 02 de fevereiro de 2023, de maneira que permaneceria longo período de tempo custodiado, não obstante a exemplo do processo que apurou fatos análogos a alta probabilidade de ser reconhecida a sua inocência.

Quando não, asseveram que a decisão que decretou a medida extrema, que não guarda contemporaneidade com os fatos em apuração, carece de fundamentação idônea, lastreando-se apenas em elementos genéricos, sem indicar a sua imprescindibilidade no caso concreto, evidenciando-se suficientes ao caso alguma das cautelares mais brandas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (fls.01/11).

Indeferido o pedido liminar, dispensadas as informações de estilo (fls.527/530), a ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Iurica Tanio Okumura opinou pela denegação da ordem (fls. 536/545).

É o relatório.

Pois bem.

Inicialmente, insta registrar que o presente *habeas corpus* é, em parte, reiteração do *Habeas Corpus* nº 0007119-51.2019.8.26.0000, impetrado pelo ora paciente, valendo a transcrição da ementa exposta no v. Acórdão julgado em 25.06.2019, voto nº 16519, de relatoria da Desembargadora Ivana David:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS – DELITO DE ROUBO QUALIFICADO (CP, ART. 157, § 2º, INCISO II) – IMPETRAÇÃO VISANDO REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE SOB AS ALEGAÇÕES DE INOCÊNCIA E FRAGILIDADE DA PROVA, APONTANDO-SE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DA CUSTÓDIA DIANTE DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS.*
>
> *DECRETO PRISIONAL SUFICIENTEMENTE MOTIVADO – RAZÕES DE DECIDIR EXPOSTAS DE MANEIRA A SATISFAZER A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL (ART. 93, IX DA CF).*
>
> *ROUBO QUALIFICADO – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS – CUSTÓDIA PREVENTIVA JUSTIFICADA PARA ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, AFIGURANDO-SE DE RESTO CONVENIENTE À INSTRUÇÃO – PERICULOSIDADE DOS AGENTES DEFINIDA, NO CASO, PELO SEU 'MODUS OPERANDI' – NECESSIDADE DE ACAUTELAR O MEIO SOCIAL E A APLICAÇÃO DA PENA – ALEGADAS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE, POR SI, NÃO INFIRMARIAM DE PRONTO A IMPRESCINDIBILIADE DA CUSTÓDIA – CONSTRANGI-*

Acesso ao Sumário

MENTO ILEGAL INOCORRIDO – ORDEM DENEGADA".

Dessa forma, em relação à parte dos questionamentos, qual seja: alegação de inocência, condições pessoais favoráveis e ausência de fundamentação idônea na decisão que decretou a custódia cautelar, já foram avaliados no referido *writ*, tratando-se de mera reiteração, razão pela qual não serão novamente apreciadas.

Há, ainda, outro ponto que também não merece conhecimento.

Isto porque, não há espaço para a discussão acerca dos argumentos tecidos pelo nobre impetrante que envolve questões de mérito da ação penal, ao alegar que a prisão provisória de Vitor foi revogada no bojo de processo que apurou fatos símiles, no qual foi absolvido, argumentando, ainda, que no mesmo intento o ora paciente sequer foi preso em flagrante, tendo sido denunciado apenas por ser dono do veículo supostamente utilizado para a prática criminosa, pois reconhecido por meio da fotografia de sua CNH em procedimento realizado ao arrepio do art. 226 do Código de Processo Penal e, somente pesam em seu desfavor as palavras dos policiais, o que não pode ser procedida nessa estreita via de *habeas corpus*, marcada pelo contraditório mitigado.

No ponto, insta colacionar trecho pertinente do notável parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça: *"Em relação à fragilidade da autoria delitiva, por alegada falha na promoção do reconhecimento pessoal, por inobservância das formalidades legais, e em relação à alegada inocência do paciente, cumpre lembrar que não é possível, nos estreitos limites cognitivos do habeas corpus, remédio constitucional que não permite dilação probatória nem exame aprofundado de fatos e provas, perquirir sobre autoria e materialidade, de forma que a avaliação do contexto probatório deve ser procedida pelo juiz de conhecimento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal,* ***sem falar que o paciente jamais demonstrou, por documento hábil, a veracidade da alegação de que teria alugado o seu veículo para terceiro à época do roubo"*** (fls. 538/539) (**grifei**).

Incognoscível o *writ*, portanto, nesses pontos.

Superado isso, verte dos autos que o ora paciente e seus comparsas foram denunciados como incursos no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, trazendo a denúncia: *"Consta do anexo inquérito policial que, no dia 29 de janeiro de 2019, por volta das 10h00, na Rua Jeronimo de Barros, altura do nº 85, Cidade Líder, nesta comarca, RAFAEL RIBEIRO MATIAS DA SILVA, qualificado às fls. 31, RODRIGO GONÇALVES BROISLER, qualificado às fls. 35, e VITOR ALMEIDA DO VALE, qualificado às fls. 39, subtraíram, para si, mediante grave ameaça em face das vítimas Cesar Santos Souza e Angelo Paulo Clemente, 5.944 (cinco mil e novecentos e quarenta e quatro) cargas de carteiras de cigarros, avaliadas em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), pertencentes à empresa*

Acesso ao Sumário

Souza Cruz Ltda.

Apurou-se as vítimas Angelo e Cesar, respectivamente, motorista e ajudante da empresa-vítima, realizariam a entrega de uma carga de cigarros na zona leste da capital e, para tanto, fariam uso do veículo Renault/Master, placas QOY-3518.

Ocorre que, no momento em que pararam em um posto de gasolina, as vítimas foram abordadas por RODRIGO, que, chamando Angelo pelo nome, anunciou o roubo, bem como ordenou que a van fosse estacionada atrás de um veículo Voyage, parado na esquina, no que foi prontamente atendido.

No local indicado, estava RAFAEL e VITOR, que permaneceu no interior do automóvel, durante o crime. Os roubadores determinaram que o ofendido Cesar transferisse a carga para o Voyage. Em seguida, RODRIGO ingressou neste automóvel e fugiu com VITOR, enquanto RAFAEL mandou que as vítimas deixassem o local.

As vítimas encontraram policiais militares, comunicaram o crime e descreveram a utilização de um veículo Voyage, de cor preta, com placas final 93. De posse de tais informações, os policiais diligenciaram pela região e, na Rua Jerônimo do Barros, altura do nº 85, avistaram o citado carro e os três denunciados, que, ao notarem a presença policial, tentaram fugir. RODRIGO e RAFAEL foram perseguidos e detidos.

Os policiais apuraram, ainda, que a carga estava sendo descarregada do automóvel VW/Voyage, placas FIR-5093 de propriedade de VITOR para a casa de RAFAEL. Os criminosos confessaram o roubo aos policiais, assim como confirmaram a participação de VITOR. Na delegacia de polícia, as vítimas reconheceram RAFAEL e RODRIGO como autores do roubo (fls. 15 e 17), os quais, interrogados permaneceram em silêncio (fls. 30 e 34) " (fls.04/08 – autos de origem).

Pois bem.

Não prospera o argumento de que a decisão que decretou a medida extrema não guarda contemporaneidade com os fatos em apuração.

Isto porque os autos foram desmembrados em relação ao ora paciente por estar ele foragido, tendo sido decretada a revelia, foi o processo suspenso, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal (fls. 378 autos originais), reiniciando o andamento processual em 14.09.2022, oportunidade em que analisado o pedido de revogação da prisão preventiva, o qual foi indeferido, valendo a transcrição da razão de decidir: *"Por fim, encontram-se presentes, ainda, as hipóteses autorizadoras da custódia cautelar, bem delineadas que foram na r. decisão decretou a preventiva, a qual fica mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, sendo insuficiente, ainda, a aplicação de qualquer medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal* (fls. 511/512).

Acesso ao Sumário

Com efeito, resta clara a contemporaneidade da medida extrema, sobretudo pelo fato de o ora paciente estar foragido desde o início do processo, citado por edital, restando evidenciada a sua intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, o que justifica a manutenção da decretação de sua custódia cautelar, subsistindo os motivos que ensejaram a medida, obstando, portanto, sua revogação.

Ademais, tem-se que o crime de roubo foi praticado em plena luz do dia (por volta das 10:00 horas), em comparsaria, demonstrando a ousadia e a periculosidade do paciente e seus asseclas, sendo inequívoca a reprovabilidade da conduta, haja vista o risco à integridade física e psicológica das vítimas, reconhecida a periculosidade dos agentes, não só pelo destemor na forma de agir, mas, aliado ao abalo emocional provocado nas vítimas, não havendo se cogitar na revogação da custódia cautelar com expedição de contramandado de prisão, nem mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere.

No que tange a alegação de que o encarceramento seria uma medida desproporcional e desarrazoada, sobretudo porque designada a audiência apenas para 02 de fevereiro de 2023, de maneira que permaneceria longo período custodiado e, haveria a alta probabilidade de ser reconhecida a sua inocência, não merece guarida.

Primeiro, porque a prisão não foi efetivada, haja vista o paciente estar foragido, não havendo se cogitar de o encarceramento por longo período ser medida desproporcional e desarrazoada.

Segundo, descabida a alegação da alta probabilidade de ser reconhecida a inocência do paciente quando da realização da audiência de instrução, debates e julgamento, quando se dispõe a comparecer e ser submetido a procedimento regular de reconhecimento, pois tal assertiva é mais do que temerária, é mero e perigoso exercício de adivinhação. Absolutamente impertinente, portanto, tal discussão no presente momento processual e, principalmente, nesta via.

Por fim, cumpre mencionar que foi impetrado *habeas corpus* perante o C. Superior Tribunal de Justiça (HC nº508.795 -SP), em que foi indeferido o pedido liminar de revogação da prisão preventiva ou, a substituição por medidas alternativas diversas do cárcere, sendo requisitadas informações do juízo de origem (fls. 261/264), que foram devidamente prestadas (fls. 279), não constando nos autos o julgamento do referido *writ*.

Assim, sob todos os aspectos, não se vislumbra, ao menos por ora e nos estritos limites cognitivos do writ, flagrante constrangimento ilegal, suficiente para ensejar a concessão da medida emergencial, pertinente apenas em casos de ilegalidade evidente e incontestável, situação em que a mácula processual salte aos olhos, independentemente de análise probatória. Não é, a toda evidência, o caso dos autos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço parcialmente da impetração e,**

Acesso ao Sumário

na parte conhecida, denego a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2244653-06.2022.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é impetrante C. B. R. e Paciente L. C. G. V..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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 16.430)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – FURTO QUALIFICADO E FALSA COMUNICAÇÃO DE CRIME – Pedido de revogação da prisão preventiva – Pressupostos e fundamentos para a segregação cautelar presentes – Decisão que justifica suficientemente a custódia cautelar – Constrangimento ilegal não verificado – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Advogado, Doutor **C. B. R.**, em favor de **L. C. G. V.**, apontando como autoridade coatora o **Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Marília/SP**.

Alega, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que sua prisão em flagrante, pela prática dos delitos de furto qualificado e comunicação falsa de crime, ocorridos em **14/08/2022**, foi convertida em preventiva, na audiência de custódia, e mantida pela autoridade apontada como coatora, apesar da ausência dos pressupostos da custódia cautelar, que ficaram evidentes com o decorrer das investigações, principalmente com a quebra de sigilo telefônico.

Argumenta que a gravidade abstrata do delito, ou indícios de autoria e materialidade delitiva, não justifica a manutenção da medida extrema aqui combatida, conforme entendimento dos tribunais superiores, e em respeito ao prin-

Acesso ao Sumário

cípio da presunção de inocência.

Aduz que a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, é adequada e suficiente ao presente caso, devendo ser considerada a primariedade do paciente (casado e pai de uma criança menor de idade), sua residência fixa em São José dos Pinhais/PR, ocupação lícita e a ausência de violência ou grave ameaça à pessoa nas condutas a ele atribuídas.

Reforça que não há qualquer indicativo nos autos no sentido de que o paciente, em liberdade, colocará em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, tampouco que integre ou participe de organização criminosa.

Assevera, por outro lado, que não restou demonstrado, por intermédio das imagens da concessionária da rodovia onde se deram os fatos, que o paciente realmente tenha participado do furto, objeto da ação originária, já que essas imagens não capturam um terceiro indivíduo, armado, no interior do caminhão, monitorando a finalização da transferência dos reboques e semirreboques do caminhão "Iveco" para o caminhão "Scania", sendo evidente as ameaças por ele suportadas, preferindo, portanto, não colocar em risco sua vida.

Ressalta, ainda, que os bens subtraídos foram restituídos à empresa-vítima.

Menciona, por fim, a necessidade de reavaliação da custódia cautelar do paciente, também nos termos da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça.

Pede, em razão disso, a concessão liminar da ordem a fim de que o paciente aguarde em liberdade provisória o trâmite da ação penal. De forma subsidiária, requer a imposição da medida cautelar de uso de tornozeleira eletrônica.

Indeferida a liminar (fls. 108/110), foram dispensadas as informações, tendo a Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem (fls. 114/122).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Conforme se depreende dos autos, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, e do artigo 340, *caput*, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal, porque, no dia 14 de agosto de 2022, em horário incerto, na Rodovia BR 153, KM 295 + 100, em Ocauçu, que pertence à Comarca de Marília/SP, agindo em concurso, previamente ajustados e com unidade de desígnios com indivíduos ainda não identificados, com abuso de confiança, subtraiu, para si ou para outrem, um caminhão trator IVECO/STRA-

Acesso ao Sumário

LIS 800S48TZ, placas BEH5A53 - no qual estavam acoplados os reboques de placas RHA9H94, RHA9H96 e o semi-reboque de placas RHA9H951, avaliados em R$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) e respectiva carga de cereais, avaliada em R$ 15.905,50 (quinze mil, novecentos e cinco reais e cinquenta centavos), de propriedade da transportadora "LUZ DIVINA EIRELI".

Consta, também, que, no dia 14 de agosto de 2022, em horário incerto, na Rodovia BR 153, KM 295 + 100, o paciente provocou a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime que sabia não se ter verificado (cf. fls. 83/86).

Observo, por relevante, que ocorrências envolvendo delitos patrimoniais indiscutivelmente causam indignação e comprometem a paz pública, ainda que sejam cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, de sorte que, por aqui, a custódia cautelar não se reveste, a princípio, das características próprias do constrangimento ilegal.

Isto porque, no caso dos autos, são significativos e relevantes os indícios de envolvimento do paciente na ocorrência criminosa, como bem fundamentado pela Juíza de primeiro grau na decisão digitalizada a fls. 49/52, e mantida pelo Juízo impetrado a fls. 78/82. Argumentou a Magistrada que "*(...) embora o crime não tenha sido praticado mediante violência, no caso específico dos autos é necessária a conversão do flagrante em preventiva. O furto qualificado tem pena máxima abstratamente prevista superior a quatro anos. Ainda, no caso concreto, há notícia, a despeito da possível primariedade, da prática, em tese, de vários delitos, conforme depoimentos prestados, havendo, inclusive, a possibilidade de estar envolvido em associação criminosa, ressaltando que diversos bens de grande valor foram subtraídos. Assim, grande a probabilidade de que, em liberdade, o custodiado frustre eventual citação e até mesmo a aplicação da lei penal, em havendo condenação, até porque não reside no distrito da culpa, bem como pode volte a praticar crimes contra o patrimônio*" (cf. fl. 51).

E o Magistrado *a quo* indeferiu pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, reiterando os fundamentos adotados para a conversão da prisão em flagrante em preventiva e por não haver nos autos nenhuma alteração fática ou jurídica superveniente que viabilizasse a concessão da liberdade provisória (cf. fl. 80).

Diante disso, impossível considerar sem fundamentação a decisão, ou mesmo ausentes os requisitos da custódia decretada, se o Juízo de origem expressamente anotou os motivos que levaram à decretação da prisão, reconhecendo a presença dos requisitos legais.

É certo que a prisão antes da sentença definitiva é medida de exceção, a ponto de impor ao Juiz fundamentar os motivos que levam à custódia do agente.

Entretanto, no caso dos autos, entende-se que a prisão decretada não se

Acesso ao Sumário

mostra ilegal ou arbitrária de modo a justificar a concessão da ordem, uma vez que foi suficientemente fundamentada, mormente para garantia da ordem pública, instrução processual e do cumprimento da lei penal.

Note-se, ademais, que na hipótese dos autos não há violação ao princípio da presunção de inocência, pois tal princípio não constitui obstáculo jurídico para que se efetive, desde logo, a aplicação de medidas cautelares como, na hipótese em apreço, a prisão preventiva (Nesse sentido, aliás, já decidiu o STF no HC 77663-4/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10/08/98, p. 128).

Além do mais, eventual primariedade, residência fixa e ocupação honesta não constituem motivos bastantes para a revogação da prisão, já que os valores que devem ser sopesados, como na hipótese dos autos, são fundamentados na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, visando, assim, prevenir a reiteração criminosa e assegurar a boa prova criminal.

Registre-se que o paciente reside em outro Estado, conforme destacado pelo Juízo de origem, não possuindo vínculo com o distrito da culpa.

Não há falar-se aqui, ainda, em aplicação de quaisquer medidas cautelares alternativas à prisão, pois absolutamente inadequadas às circunstâncias dos fatos praticados (cf. artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11).

Por outro lado, no que se refere à aplicabilidade da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça ao presente caso, em razão de o paciente correr risco de contaminação pelo "coronavírus" no interior da unidade prisional, não há notícia nos autos de que o estabelecimento prisional no qual se encontra tenha registrado casos de COVID-19, sendo certo, ainda, que eventuais providências relacionadas à pandemia, declarada pela Organização Mundial de Saúde, poderão, se for o caso, beneficiá-lo.

Por fim, em consulta realizada por esta Relatoria aos autos originários, constatou-se que o feito tem trâmite regular, estando os autos aguardando a citação do acusado.

Logo, nos limites da discussão autorizada no *habeas corpus*, não há como reconhecer o constrangimento ilegal capaz de justificar a soltura pretendida.

Ante o exposto, denega-se a ordem impetrada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2239382-16.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e Paciente M. A. DA S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.155)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. Crime de importunação sexual. Pedido de relaxamento da prisão do paciente e remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal em razão da suposta subsunção da conduta ao artigo 233 do Código Penal. Impossibilidade. Crime do artigo 215-A do Código Penal que prescinde de contato físico. Circunstâncias do fato que poderão ser melhor analisadas após regular dilação probatória. Revogação da prisão preventiva. Delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Paciente primário. Circunstâncias favoráveis. Concessão de liberdade provisória mediante imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. *William Roberto Casimiro Braga*, defensor público, em favor de *M. A. DA S.*, sob a alegação de ilegal constrangimento por parte do D. Juízo de Direito da Vara Plantão – 00ª CJ – da Comarca da Capital, que decretou a prisão preventiva do paciente, em razão da suposta prática do crime previsto no artigo 215-A, do Código Penal.

Pugna o impetrante pelo relaxamento da prisão preventiva do paciente, como consequência da subsunção de sua conduta ao artigo 233, do Código Penal e não ao delito de importunação sexual, bem como requer a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal. De forma subsidiária, pleiteia a revogação da prisão preventiva sem imposição de medidas cautelares, em face da ausência dos requisitos e fundamentos autorizadores, ou, ainda, sob a imposição das demais medidas previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal (fls. 01/39).

A liminar foi parcialmente deferida (fls. 88/94).

Acesso ao Sumário

O MM. Juiz de Direito do DIPO-3 da Comarca de São Paulo prestou informações (fls. 102/108).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Martha de Toledo Machado, opinou pelo parcial conhecimento e parcial concessão da ordem, a fim de substituir a prisão preventiva do paciente pelas cautelares alternativas definidas na decisão liminar (fls. 111/123).

É, em síntese, o relatório.

A ordem deve ser parcialmente concedida. O paciente foi denunciado porque, em tese, no dia 05 de outubro de 2022, por volta das 00h20, na Avenida Nagib Farah Maluf, n. 1.500, José Bonifácio, nesta cidade e Comarca, praticou contra a vítima V.P.S., e sem sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia.

Segundo consta da denúncia, M. adentrou um dos vagões de trem da CPTM, com destino ao bairro do Brás, e se sentou defronte à vítima. Ato contínuo, retirou seu pênis das vestes e, com olhar à vítima, em tom risonho, começou a se masturbar. Em razão do ato criminoso, a vítima mudou-se de assento. Contudo M. a seguiu, novamente parou na frente dela e, com o olhar fixo, continuou a se masturbar. Na sequência, M. foi abordado e detido por seguranças da CPTM, que foram acionados pela vítima, e conduzido à Delegacia de Polícia, onde se manteve em silêncio.

Alega o impetrante que a conduta imputada em desfavor do paciente se enquadra no tipo previsto no artigo 233, do Código Penal, e não no crime de importunação sexual, o que não permitiria a decretação da medida acautelatória preventiva em seu desfavor e justificaria a remessa dos autos originais para o juizado especial criminal.

Contudo, como já aventado em sede liminar, a tipificação delituosa não se revela errônea, havendo indícios de que a conduta do paciente se amolda ao crime previsto no artigo 215-A, do Código Penal, uma vez que este não prescinde do contato pessoal do acusado para com a vítima. Neste sentido:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. 1. PLEITO DE ADEQUAÇÃO TÍPICA. OFENSA AOS ARTS. 213, 215-A E 216-A DO CP. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA QUANTO À CONDUTA. EXAME QUE NÃO ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. 2. ASSÉDIO SEXUAL. RELAÇÃO DE HIERARQUIA CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO PARA OBTER FAVOR SEXUAL. ELEMENTARES NÃO IDENTIFICADAS. 3. CRIME DE ESTUPRO. ATO LIBIDINOSO DESCRITO. VÍTIMA AGARRADA À FORÇA. DESVENCILHAMENTO. AUSÊNCIA DE SUBJUGAÇÃO. VIOLÊNCIA NÃO CONFIGURADA. 4. **IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ATO**

LIBIDINOSO CONTRA A VÍTIMA. AUSÊNCIA DAS ELEMENTARES DOS DEMAIS TIPOS. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA CONHECER DO AGRAVO E DO RECURSO ESPECIAL, DANDO-LHE PROVIMENTO. (...)

4. Quanto ao tipo penal do art. 215-A do CP, tem-se que "comete o crime de importunação sexual qualquer um que realize ato libidinoso em relação a outra pessoa (com ou sem contato físico, mas visível e identificável), satisfazendo seu prazer sexual, sem que haja concordância válida das partes envolvidas (supondo-se a anuência de adultos)". (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal - parte especial. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 769). Nesse contexto, constata-se que a conduta imputada melhor se subsome ao tipo de importunação sexual, tipo subsidiário, verdadeiro "soldado de reserva", que se aplica quando não é possível preencher os elementos normativos dos tipos penais mais gravosos, conforme se verificou na presente hipótese.

5. Agravo regimental a que se dá provimento para conhecer do agravo e do recurso especial, dando-lhe provimento, para desclassificar a conduta do recorrente para o crime de importunação sexual. (AgRg no AREsp n. 1.844.610/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021.)

A propósito, nos ensina o i. doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Para deixar clara a existência de uma vítima direta – e não algo voltado à coletividade (como é o caso da prática de ato obsceno – art. 233, CP) –, inseriu-se a expressão contra alguém (contra qualquer pessoa humana, sem distinção de gênero). Mesmo sendo desnecessário, ingressou-se com elementos pertinentes à ilicitude, moldando a expressão sem a sua anuência (sem autorização, sem consentimento válido). E, finalizando, o tipo penal indica a finalidade específica do ato libidinoso, que é praticamente óbvia: satisfação da própria lascívia (prazer sexual) ou de terceiro.

Em cenário sexual, pessoas acima de 14 anos podem dar consentimento válido para o contato sexual. Por outro lado, sem o consentimento, inúmeras condutas podem ser inseridas no contexto do novo crime: masturbar-se na frente de alguém de maneira persecutória; ejacular em alguém ou próximo à pessoa, de modo que esta se constranja; exibir o pênis a alguém de maneira persecutória; tirar a roupa diante de alguém, igualmente, de maneira persecutória, entre outros atos envolvendo libidinagem, desde que se comprove a finalidade específica de satisfação da lascívia, ao mesmo tempo que constranja a liberdade sexual da vítima."

Acesso ao Sumário

(Nucci, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 3. 5th edição. Grupo GEN, 2021)

É certo que a questão deverá ser objeto de análise pelo d. juízo *a quo*, após regular dilação probatória, sendo vedada sua apreciação por meio do presente *writ*.

Entretanto, considero ausentes os fundamentos e requisitos autorizadores da prisão preventiva, porquanto o delito em tese praticado pelo paciente não se reveste de violência ou grave ameaça, o que revela a desnecessidade da decretação da medida acautelatória.

Aliado a isto, constata-se que o paciente é primário e sem antecedentes criminais (certidões e folhas de antecedentes de fls. 28 e 29/31 – autos originais), de modo que não há elementos concretos indicando que ele se dedique habitualmente a atividades ilícitas.

Por outro lado, verifico a necessidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, conforme salientado pelo d. juízo de plantão: *"O fato é mais grave do que o comum. A abordagem se deu em local de grade circulação de pessoas, o que demonstra a ousadia da conduta. Outrossim, denota-se que o averiguado expôs seu órgão sexual em pleno vagão do metrô e passou a masturbar-se olhando para a vítima, a qual mudou de local para evitar a importunação, mas o averiguado a seguiu e reiterou a conduta. Portanto, vislumbra-se um escalonamento na conduta do autuado, já que mesmo tendo a vítima tentando se afastado do averiguado este foi em sua direção"* (fls. 38/40 autos originais).

Nesse contexto, as circunstâncias do caso são favoráveis à concessão de liberdade ao paciente, mediante a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, II e IV, do Código de Processo Penal, quais sejam, comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades, proibição de contato com a vítima e proibição de ausentar-se da Comarca, sob pena de revogação da presente benesse, nos termos do artigo 282, § 4º, do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do *habeas corpus* e concedo parcialmente a ordem para conferir a liberdade provisória em favor de *M. A. DA S.*, mediante imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, II e IV, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº

Acesso ao Sumário

2250010-64.2022.8.26.0000, da Comarca de Arujá, em que é paciente RODNEY FERREIRA RAMOS e Impetrante ILDEBRANDO DANTAS DA SILVA JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.747)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Artigos 157, "caput" c.c. § 2º, inciso VII, do Código Penal – Alegação de excesso de prazo para a formação da culpa – Inocorrência – Inexistência de violação do princípio da razoabilidade na duração do processo – Ausência de negligência ou descaso do Juízo na condução do feito – Concessão de liberdade provisória – Descabimento – Presença de prova da materialidade e de suficientes indícios de autoria – Decisão fundamentada – Presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar – Gravidade concreta do delito, praticado com emprego de arma branca.

Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado, Dr. Ildebrando Dantas da Silva Junior, em favor de RODNEY FERREIRA RAMOS, alegando que ele estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da 1ª Vara da Comarca de ARUJÁ, pela ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa e pela conversão de sua prisão em flagrante em preventiva, a pedido do Ministério Público (mídia audiovisual), nos autos da ação penal nº 1501820-58.2022.8.26.0535, em que se viu denunciado como incurso nos artigos 157, "caput" c.c. § 2º, inciso VII, do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa, aduzindo que o paciente foi preso em flagrante no dia 23 de julho de 2022 e, até a data da presente impetração, a instrução criminal não havia sido

Acesso ao Sumário

encerrada, pois se aguarda a realização de audiência de instrução, designada apenas para o dia 07 de dezembro de 2022. Conclui, afirmando que o paciente é o responsável pelos cuidados da avó cadeirante e que, embora faça tratamento psicológico, está a procura de uma clínica para internação.

Sustenta, ainda, que se trata de réu primário e que a decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória carece de fundamentação concreta.

Postula a concessão da ordem, para que a prisão do paciente seja relaxada ou para que lhe seja concedida liberdade provisória.

A liminar foi indeferida (fls. 34/35).

Dispensado o pedido de informações, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 39/44).

É o relatório.

O paciente RODNEY FERREIRA RAMOS foi denunciado porque no dia 23 de julho de 2022, por volta das 10:46 horas, na Avenida Azaléia, nº 487, Cidade e Comarca de Arujá, subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, 1 (um) aparelho celular, marca Huawei, pertencente à Marlene das Dores de Azevedo Meneghini.

De acordo com informações extraídas dos registros eletrônicos desta Corte, se aguarda a realização da audiência de instrução designada para o dia 07 de dezembro de 2022.

Inicialmente, em relação ao alegado excesso de prazo, segundo consta dos autos, o paciente foi preso em 23 de julho de 2022 (fls. 01/02), a denúncia foi recebida em 10 de agosto de 2022 e, em 15 de setembro p.p., ao analisar pedido de liberdade provisória, que acabou indeferido, bem como a resposta à acusação apresentada, o Juízo "a quo" já designou audiência de instrução para o dia 07 de dezembro de 2022.

Assim, não há que se falar em desídia ou negligência na condução do processo por parte da autoridade apontada como coatora e, muito menos há que se falar em violação ao princípio da razoabilidade na duração do processo.

Examinando-se os autos, verifica-se que em 24/07/2022 a prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva, decisão que encontra amparo na legislação vigente e se apresenta adequadamente fundamentada (fls. 32/34 dos autos originários), conforme transcrição parcial a seguir:

"(...) Da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, em cognição sumária, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes do crime de roubo, conforme se depreende do auto de prisão em flagrante (fls. 01/02) e dos termos de depoimentos e declarações (fls. 03, 04, 05, 06 e 07).

O crime em questão é concretamente grave.

Acesso ao Sumário

Com efeito, trata-se de delito de roubo praticado mediante grave ameaça exercida com utilização de uma faca. A vítima relatou que, como não conseguia entregar o celular por estar muito nervosa, o autuado encostou a faca em seu corpo, ameaçando-a.

A prisão em flagrante e a recuperação do celular roubado somente foram possíveis graças à atuação de um popular que presenciou o roubo, seguiu o autuado e recuperou o bem subtraído. Nesse contexto, a prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública, como forma de evitar que novas infrações penais sejam cometidas, e, ainda, para a instrução criminal, tendo em vista que o autuado precisa ser citado, caso haja o oferecimento da denúncia, e a vítima precisa ser ouvida em audiência judicial, oportunidade em que será realizado o reconhecimento.

Ademais, anote-se que medidas cautelares alternativas à prisão se mostram insuficientes e inadequadas para o caso concreto.

Por fim, ressalte-se que a existência de condições pessoais favoráveis, como a primariedade, os bons antecedentes, a ocupação lícita e a residência fixa, não tem o condão de, por si sós, afastar a necessidade da custódia cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da prisão preventiva (...).”

Em 15 de setembro de 2022, foi indeferido pedido buscando a concessão de liberdade provisória pelos mesmos motivos enumerados na decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, com o acréscimo de que, com a realização da audiência de instrução já designada, será examinada a possibilidade de instauração de incidente de dependência toxicológica (fls. 116/119 dos autos originários).

Sobre este remédio constitucional, observa-se que tem como objetivo primordial afastar indevida restrição à liberdade de locomoção que tenha sido determinada de maneira flagrantemente ilegal ou mediante abuso de poder, **o que não se verificou neste caso concreto.**

Conforme se extrai do trecho transcrito, a decisão menciona o preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP, fundamentando-se em aspectos concretos e individualizados, aptos para justificar tanto a custódia preventiva, quanto a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Foi feita, no mais, expressa referência a aspectos pessoais do paciente, assim como quanto à gravidade concreta do crime supostamente praticado, o que afasta qualquer ilegalidade do ato.

Ademais, impõe-se destacar que a primariedade do paciente, por si só, não justifica a revogação da prisão preventiva quando há nos autos elementos aptos a justificarem sua manutenção. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS

Acesso ao Sumário

CORPUS TRÁFICO DE DROGAS. TESES NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. RECURSO DE APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO NA ORIGEM CONCLUSO AO RELATOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 11ª Câmara – Seção Criminal Habeas Corpus Criminal nº 2301570-16.2020.8.26.0000 – Matão 6 POR SI SÓS, NÃO GARANTEM A REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA QUANTO HÁ ELEMENTOS CONCRETOS NO AUTOS A MANTER A CUSTODIA CAUTELAR. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ... IV - **Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.** Agravo regimental desprovido.". (STJ AgRg no RHC 121.647/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020).

Desta forma, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado pelo presente *writ*.

Ante o exposto, **DENEGA-SE A ORDEM.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2163671-05.2022.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é paciente TOMAS CORRONS, Impetrantes CAIO HENRIQUE GODOY DA COSTA, LEONARDO MASSUD, PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE, RENATO LOSINSKAS HACHUL, LEANDRO SARCEDO e RICARDO LOSINSKAS HACHUL.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram parcialmente e, nessa extensão, concederam a ordem tão somente para declarar a incompetência da Justiça Estadual e determinar a remessa do processo a uma das Varas Federais da Justiça Federal da 14ª Subseção Judiciária, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.336)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente) e MARCELO GORDO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

Acesso ao Sumário

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Descumprimento de medidas protetivas de urgência, Coação no Curso do Processo e Contravenção Penal (perturbação da tranquilidade), no âmbito da Lei nº 11.340/06 – Insurgência contra a manutenção do recebimento da denúncia – Alegações de incompetência do juízo e de atipicidade das condutas – Admissibilidade parcial – Competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, V, da Constituição Federal – Crimes transnacionais, cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha que é produto de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário – Hipótese, ademais, em que este Egrégio Tribunal já decidiu pela aplicação da Lei 11.340/06, por ocasião do julgamento de revisão criminal em processo que possui conexão com a ação penal de origem – Demais pontos da presente impetração não conhecidos, pois hão de ser submetidos ao Juízo competente. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos Advogados Leonardo Massud, Leandro Sarcedo, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Losinskas Hachul, Ricardo Losinskas Hachul e Caio Henrique Godoy da Costa, com pedido de liminar, em prol de **Tomas Corrons**, denunciado como incurso no artigo 24-A, da Lei nº 11.340/06, na forma do artigo 71, *caput*, do Código Penal, no artigo 344, *caput*, do Código Penal e no art. 65, do Decreto-lei nº 3.688/42 (aplicação ultrativa), em consonância com a Lei nº 11.340/06, na forma do artigo 71, *caput*, do Código Penal, todos os artigos combinados na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal, contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Bernardo do Campo, sob a alegação de constrangimento ilegal, mercê da manutenção do recebimento da denúncia, rejeitando a exceção de incompetência do Juízo e as teses contidas na resposta à acusação de atipicidade das condutas. Sustentam incompetência do Juízo, por inaplicabilidade da Lei nº 11.340/06, uma vez que o paciente e a vítima C. jamais tiveram qualquer tipo de relação familiar, doméstica ou sequer de afetividade íntima, não justificando a aplicação da referida legislação o fundamento da relação íntima de afeto putativa entre o autor e a ofendida. Ademais,

Acesso ao Sumário

acenam com a incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar o feito em razão da matéria (CF. art. 109, V), tendo em vista o caráter transnacional do delito cometido a partir da Argentina, por meio da rede mundial de computadores, bem como que a Lei Maria da Penha é produto de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (promulgada pelo Decreto nº 4.377/2002) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto nº 1.973/1996). Defendem, ainda, a atipicidade das condutas imputadas ao paciente, pois ele é acusado de ter feito contato com a vítima no mês de agosto de 2020, momento em que as medidas protetivas decretadas nos autos nº 0023394-37.2016.8.26.0564 não estavam vigentes, quer porque o transito em julgado da sentença condenatória do paciente naquele processo, ocorrido em abril de 2017, é tido como o limite final da aplicação daquelas; quer porque a aludida ação penal na qual elas formam deferidas foi declarada nula por incompetência absoluta do Juízo. Ademais, acenam com a atipicidade da imputação de coação no curso do processo, por ausência de qualquer ameaça na suposta mensagem enviada pelo paciente à ofendida, bem como porque ela não exerceu nenhum papel na ação de justificação e sua eventual retratação na ação penal nº 0023394-37.2016.8.26.0564 – que sequer era possível – não traria absolutamente nenhum benefício ao autor.

Por isso, requerem a concessão da ordem para reconhecer a incompetência do Juízo impetrado ou, subsidiariamente, trancar a ação penal.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária apontada como coatora, o i. Procurador de Justiça manifesta-se pelo não conhecimento e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

Há oposição a julgamento virtual (fls. 1152).

É o relatório.

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, parcialmente cognoscível, é de ser concedida, na parte conhecida.

O conhecimento parcial da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer coação ilegal, mercê da rejeição da exceção de incompetência do Juízo, a afetar, em tese, a sua liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente está sendo acusado de descumprir decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº. 11.340/06; de usar de grave ameaça, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher com o fim de favorecer interesse próprio, contra a vítima C.

Acesso ao Sumário

B. C., em processo de justificação criminal; bem como de perturbar a tranquilidade da ofendida, por acinte ou outro motivo reprovável, também no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Segundo consta, tais delitos teriam sido cometidos a partir da Argentina, país de residência do paciente, por meio da *internet*.

Cumpre registrar, de início, ser de nenhum efeito a decisão do MM. Juiz *a quo*, proferida em 01 de agosto de 2022 (durante o curso da presente ação de *habeas corpus*)[1], que, reconsiderando *decisum* anterior, acolheu a exceção de incompetência do Juízo de origem. É que, embora correta a aludida decisão, faltava legitimidade ao Magistrado prolator, na medida em que o processo se encontrava suspenso por força de determinação deste Egrégio Tribunal, contida na liminar deferida nos presentes autos. Aliás, constitui premissa de direito que o acessório segue o principal, de modo que, suspensa a ação penal, tal condição se estende aos seus incidentes, ainda que tramitem em autos apartados.

No entanto, considerando que os delitos apurados na ação penal de origem são transnacionais, eis que foram praticados a partir da Argentina por meio da Rede Mundial de Computadores, bem como que a Lei nº 11.340/06 é produto de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (promulgada pelo Decreto 4.377/2002) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto nº 1.973/1996), compete mesmo à Justiça Federal julgá-los, em conformidade com o disposto no artigo 109, incisos V, da Constituição Federal.

O artigo 109, V, da Constituição Federal, preconiza: "Artigo 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: ... V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Veja, neste sentido, decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTADUAL X JUÍZO FEDERAL. AMEAÇAS DE EX-NAMORADO A MULHER VIA FACEBOOK. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL BRASILEIRA. PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA QUE DISPENSA FORMALIDADES. AMEAÇAS REALIZADAS EM SÍTIO VIRTUAL DE FÁCIL ACESSO. SUPOSTO AUTOR DAS AMEAÇAS RESIDENTE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CRIME À DISTÂNCIA. FACEBOOK. SÍTIO VIRTUAL DE FÁCIL ACESSO.

1 - p - 1184/1186.

Acesso ao Sumário

INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA. O BRASIL É SIGNATÁRIO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À MULHER. A LEI MARIA DA PENHA DÁ CONCRETUDE ÀS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS FIRMADAS PELO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Está caracterizada nos autos inequívoca intenção da vítima em fazer a notitia criminis do delito de ameaça, sendo certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é firme no sentido de que a representação da ofendida, nas ações penais públicas condicionadas, prescindem de formalidade. Precedentes. No caso concreto, o boletim de ocorrência, que instrui o presente incidente, demonstra de forma clara que a suposta vítima narrou as ameaças sofridas, relatou à autoridade policial que estava com medo, sendo evidente sua intenção de apuração dos fatos delituosos. A vítima também peticionou junto à Justiça Federal pleiteando os benefícios da justiça gratuita, bem como medidas protetivas, narrando, com clareza cristalina, que o suposto autor delituoso praticou ameaça descrita no art. 147 do Código Penal - CP. Diante disso, identifica-se que houve narrativa de fato típico, sendo evidente a intenção da vítima de dar conhecimento dos fatos às autoridades policiais e judiciárias, a fim de que fosse garantida a sua proteção. Trata-se, portanto, de pedido de medida protetiva de natureza penal. 2. Segundo o art. 109, V, da Constituição Federal - CF, compete aos juízes federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente." Encontrando-se o suposto autor das ameaças em território estrangeiro, uma vez que não se tem notícia do seu ingresso no país, tem-se um possível crime à distância, tendo em vista que as ameaças foram praticadas nos EUA, mas a suposta vítima teria tomado conhecimento do seu teor no Brasil. 3. O Brasil é signatário de acordos internacionais que asseguram os direitos das mulheres - a exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), promulgada pelo Decreto n. 84.460/1984. Tais convenções apresentam conceitos e recomendações sobre a erradicação de qualquer forma de discriminação e violência contra as mulheres. Em situação semelhante ao caso concreto, o argumento da competência da Justiça Estadual diante da ausência de tipificação em convenção interna-

Acesso ao Sumário

cional foi derrubado pelo Supremo quando da análise de crimes de pedofilia na Internet. Com efeito, em julgamento de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, entendeu pela competência da Justiça Estadual fundamentando não haver tratado endossado pelo Brasil prevendo crime, mas apenas a ratificação do Brasil à Convenção sobre os Direitos da Criança da Assembleia das Nações Unidas. Todavia, o Ministro Edson Fachin abriu divergência e foi seguido pela maioria do Plenário. Segundo a tese vencedora, o Estatuto da Criança e do Adolescente é produto de tratado e convenção internacional subscritos pelo Brasil. (RE 628.624, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016) Destarte, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, embora as Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil não tipifiquem o crime de ameaça à mulher, a Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas, veio concretizar o dever assumido pelo Estado Brasileiro de proteção à mulher contra toda forma de violência. 4. No caso concreto é evidente a internacionalidade das ameaças que tiveram início nos EUA e, segundo relatado, tais ameaças foram direcionadas à suposta vítima e seus amigos, por meio da rede social de grande alcance, qual seja, o Facebook. 5. Conflito conhecido, para declarar a competência do o Juízo Federal da 1ª Vara de São José dos Campos - SJ/SP, o suscitado".[2]

Vale lembrar, ainda, que a ação penal de origem (feito nº 1500150-29.2021.8.26.0564), que apura dentre outros crimes, o descumprimento de medidas protetivas de urgência, possui conexão com o processo número 0023394-37.2016.8.26.0564, em cujos autos elas foram decretadas.

Ora, este Tribunal já declarou a nulidade, em sede de revisão criminal[3], de todos os atos decisórios daquele processo (0023394-37.2016.8.26.0564), por entender não ser o caso da competência da Justiça Estadual e o fez exatamente por considerar que os delitos lá apurados, foram praticados no âmbito da Lei n. 11.340/06, mesmo porque, se assim não fosse, não haveria fundamento legal ou constitucional para determinar, naquela ocasião, remessa dos autos à Justiça Federal.

Logo, não se pode pretender obter solução diversa no caso em apreço,

Acesso ao Sumário

2 CC 150712/SP CONFLITO DE COMPETENCIA 2017/0014052-4, RELATOR Ministro JOEL ILAN PACIORNIK (1183), ÓRGÃO JULGADOR S3 - TERCEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 10/10/2018, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 19/10/2018.

3 Revisão Criminal nº 2157495-44.2021.8.26.0000.

máxime porque a ação penal de origem apura o descumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas no processo 0023394-37.2016.8.26.0564, evidenciando existência de conexão entre ambos os feitos.

Destarte, a melhor solução repousa em reconhecer a incompetência da Justiça Estadual, nos termos do artigo 109, incisos V, da Constituição Federal e, em consequência, não conhecer dos demais pontos da presente impetração, sobre os quais há de se pronunciar Juízo competente.

3. Pelo exposto, **conhece-se parcialmente** e, nessa extensão, **concede-se** a ordem tão somente para declarar a incompetência da Justiça Estadual e determinar a remessa do processo a uma das Varas Federais da Justiça Federal da 14ª Subseção Judiciária, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2266185-36.2022.8.26.0000, da Comarca de Bertioga, em que é paciente T. A. D. e Impetrante M. G. C..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "denegaram a ordem impetrada. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.896)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 2 de dezembro de 2022.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – INQUÉRITO POLICIAL QUE APURA SUPOSTA PRÁTICA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – ESCUTA ESPECIALIZADA DA VÍTIMA MENOR – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO VERIFICADO – Insurgência contra o deferimento da colheita de depoimento especial da vítima, nos termos da Lei 13.431/2017, mediante decisão carente de fundamentação idônea, não se demonstrando a urgência e a necessidade da medida,

Acesso ao Sumário

requerendo a cassação da decisão impugnada – IMPOSSIBILIDADE – Demonstrada a urgência e relevância da medida excepcional. A fundamentação adotada pela autoridade impetrada baseia-se no fato de se estar diante de possível crime sexual praticado contra adolescente, que merece especial proteção, sendo recomendável para tal fim que seu depoimento seja colhido o quanto antes, resguardando-se a fidedignidade das declarações para o esclarecimento do ocorrido, possibilitando-lhe que eventuais traumas possam ser superados com a maior brevidade possível.

Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de T. A. D., com pedido liminar, apontando o MM. Juiz da 1ª Vara Judicial da Comarca de Bertioga como autoridade coatora, nos autos da cautelar de produção antecipada de provas nº 1002748-88.2022.8.26.0075, apensada ao inquérito policial nº 1506728-54.2020.8.26.0075.

Aduz o impetrante que o paciente está sendo investigado por suposta infração ao artigo 217-A do Código Penal, que teria como vítima sua filha.

Alega constrangimento ilegal decorrente do deferimento da produção antecipada de prova pela autoridade impetrada, mediante decisão carente de fundamentação concreta, determinando a realização depoimento especial da vítima, nos termos da Lei 13.431/2017, sem que fosse determinada a urgência e a necessidade da medida, vez que decorridos quase dois anos dos supostos fatos.

Sustenta que se trata de crime de ação penal pública incondicionada, que não foi ainda instaurada, de modo que a representante da menor não foi admitida como assistente de acusação e, assim, não teria legitimidade para formular tal requerimento.

Requer o deferimento da medida liminar, para a suspensão da colheita do depoimento especial e, no mérito, a concessão da ordem, para que seja cassada a decisão impugnada (fls. 1/9).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 39/40).

Prestadas informações pela autoridade judiciária, apontada como coatora (fls. 39/40), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Dr. Eduardo Henrique Amancio de Souza, pela denegação da ordem (fls. 49/53).

Acesso ao Sumário

Este, em síntese, é o relatório.

Verte das informações prestada pela autoridade judiciária em 16 de novembro de 2022, *in verbis*:

"Trata-se, na origem, de cautelar de produção antecipada de provas pleiteada por D. P. DE C em face de T. A. D., ora paciente.

"Antes de adentrar no feito objeto da impetração, importa ressaltar que, além do presente processo, encontra-se em curso ação de divórcio envolvendo as mesmas partes (nº 1002780-98.2019.8.26.0075), também em curso perante a 1ª Vara de Bertioga/SP. Na ação de divórcio, no dia 05 de setembro de 2022, proferi a seguinte decisão:

"Chamo o feito à ordem.

'Compulsando os autos do inquérito policial de nº 1506758-54.2020.8.26.0075, também de competência deste Juízo, observo que não foi realizado depoimento especial, ao contrário do que sustentado na manifestação de fls.1788/1790. Houve, de fato, escuta especializada, devidamente encartada às fls. 281 e seguintes dos referidos autos, o que não supre a prova necessária para o deslinde do feito.

"A Lei 13.431/2017, que introduziu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, claramente diferencia os institutos, conforme se depreende de seus artigos 7º e 8º:

"Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

"Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

"Ainda que realizada no inquérito policial, a escuta especializada tem como objetivo munir a rede de proteção com elementos indispensáveis para a sua atuação. Não se presta, ao menos diretamente, a produzir prova em processo judicial, já que não é efetuada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ao contrário, o depoimento especial, conforme se depreende dos artigos 11 e seguintes da referida norma, é produzido em sede judicial, preferencialmente em produção antecipada de provas, garantindo-se a ampla defesa.

"Não obstante o fato de que a norma não preveja expressamente a competência do Juízo Criminal, tal elemento é inerente ao requisito de violência, conforme artigo 1º. Ademais, há de se considerar os efeitos que eventual sentença penal produz no processo cível (artigo 63 do CPP), os

Acesso ao Sumário

quais não são recíprocos. Rejeito, portanto, o parecer de fls. 1788/1790, pois, além de pretender antecipar considerações quanto à materialidade e autoria delitivas que não competem à parte, não há intervenção da vítima ou de seu representante legal como assistente de acusação antes do recebimento da denúncia (art. 268 do CPP). Por ser impertinente, determino o seu desentranhamento.

"Determino o desentranhamento, ademais, dos documentos de fls.1799/1863, já que não demonstrada qualquer das hipóteses do artigo 437, § 1º do CPC.

"No mais, cancelo a audiência designada para o dia 04 de outubro de 2022 e determino a suspensão do processo até a realização de depoimento especial no processo 1506758-54.2020.8.26.0075, com fundamento no artigo 313, V, "b" do Código de Processo Civil. O depoimento, ademais, deverá ser requerido no feito criminal por um dos legitimados.

"Conforme já fundamentado, a prova mostra-se indispensável para o avanço do processo e, não obstante o entendimento das partes, não pode ser realizada neste feito. Ainda que a audiência não tenha como objeto exclusivo a regulamentação da guarda, há de se convir que a prova tem o condão de implicar novos direcionamentos no processo, tornando prematura, respeitado o entendimento até então manifestado, a designação de audiência. Fica expressamente rejeitada, quanto ao tópico, a manutenção da audiência para instrução parcial do processo, considerando os inerentes prejuízos de separação de atos, especialmente quanto provável a necessidade de reiteração.

"Houve, portanto, suspensão do processo de divórcio até a realização do depoimento especial ora determinado. A decisão atacada, conforme se depreende da transcrição realizada à fl. 48, expressamente se referiu à fundamentação apresentada nos referidos autos, assim como no inquérito policial nº 1506728-54.2020.8.26.0075.

"Tratando-se de depoimento especial, conforme artigo 11 da Lei 13.431/2017, o procedimento é realizável mediante produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa, não se falando em urgência. De se ressaltar, ademais, que a produção antecipada de provas, conforme preconiza o artigo 381 do Código de Processo Civil, não apresenta natureza necessariamente cautelar, mas, no caso do depoimento especial, decorre do regime livremente adotado pelo Legislador. Não se confunde com o artigo 366 do Código de Processo Penal, tendo em vista que inexiste denúncia.

"Reconhecendo-se da legitimidade da representante da vítima (art. 382 do CPC), não se confundindo com a sua atuação como assistente de acusação (art. 268 do CPP), este Juízo recebeu a inicial e determinou a citação do réu.

"Devidamente citado o ora impetrante pleiteou a realização do depoimento especial nesta comarca, com a intervenção do Conselho Tutelar (fls.

Acesso ao Sumário

23/26), o que foi indeferido pelo Juízo (fl. 28). Após o indeferimento, o réu novamente pleiteou a realização do ato nesta comarca, com profissional local (fl. 31/33), o que foi objeto de nova negativa (fl. 34).

"Por fim, expediu-se carta precatória (fl. 43) para a realização do ato." (fls. 43/46).

A ordem deve ser denegada.

Com efeito, embora a oitiva da vítima antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, verifica-se que a aplicação da medida impugnada encontra-se devidamente justificada, ante a necessidade de proteção à vítima adolescente e a possibilidade de esquecimento dos fatos pelos possíveis traumas psicoemocionais sofridos e pelo próprio decurso do tempo, sem prejuízo de influências ocasionadas por pressões no âmbito familiar.

A cautelar de produção antecipada da prova, consistente na colheita de depoimento especial da ofendida de suposta violência sexual, foi requerida, com base no artigo 11, § 1º, inciso II, da Lei 13/431/2017, apontando urgência na realização da medida, nos seguintes termos, *in verbis;*

> "Derradeiramente, como já informado, M. realiza trabalhos com a psicóloga Dra. T.M., com fito de amenizar a dor em relação ao que sofrera. Frisamos, Excelência, que há urgência na realização deste feito. Postergar este depoimento implicaria em deixar M. sofrendo o amargo do trauma sem necessidade, pois a terapia não pode evoluir enquanto permaneçamos neste limbo.
>
> "Há certos exercícios dentro do processo terapêutico que buscarão fazer com que sejam minimizados os traumas sofridos por M. Porém, não podem ser iniciados ainda, haja vista, há a necessidade de seu depoimento especial. Enquanto houver necessidade de sua palavra sobre esses fatos, não poderá M. avançar no tratamento que recebe. E lembrar é reviver. Queremos não mais ter que voltar a ouvi-la, tampouco fazer com que ela revisite essa memória desnecessariamente. Assim, lhe daremos dignidade e a preservaremos. Este é o motivo da urgência." (fls. 11).

A fundamentação adotada pela autoridade impetrada baseia-se no fato de se estar diante de possível crime sexual praticado contra adolescente, que merece especial proteção, sendo recomendável para tal fim que seu depoimento seja colhido o quanto antes, resguardando-se a fidedignidade das declarações para o esclarecimento do ocorrido, possibilitando-lhe que eventuais traumas possam ser superados com a maior brevidade possível.

É cediço que a relevância da oitiva da menor é incontestável, e sua condição de adolescente suspeita de ser vítima de abuso sexual pelo próprio genitor é suficiente para que se antecipe a produção da prova testemunhal, estando demonstrada a urgência da medida.

Acesso ao Sumário

Ademais, os fatos investigados ocorreram a dois anos, de modo que o seu depoimento poderá não ser fidedigno caso seja colhido em futuro incerto. Não raras vezes, pelo decurso do tempo, a vítima de violência sexual passa a negar a ocorrência do fato, como uma forma de defesa e esquecimento da experiência traumática a que foi submetida.

Por outro lado, quando o abusador faz parte do círculo de convivência da vítima, não é incomum que ameaças ou orientações impeçam que se revele a dinâmica dos acontecimentos vividos, tudo a recomendar que a sua oitiva se dê assim que a suspeita de crime sexual chegue ao conhecimento das autoridades responsáveis pela sua apuração.

Dessa forma, entendo que restou demonstrada a urgente necessidade de proteção à vítima menor, em consonância com as normas do Conselho Nacional de Justiça acerca do assunto (Recomendação nº 33/2010 e Resolução nº 105/2010), e a jurisprudência indicam que a vítima deva ser ouvida o quanto antes, e mediante o chamado "depoimento sem dano", visando evitar sua "revitimização".

Ademais, o impetrante não logrou demonstrar prejuízo concreto advindo da colheita antecipada da prova oral, mormente porque o depoimento especial será realizado em ambiente virtual, acompanhado pelas partes, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, a decisão ora combatida que determinou a produção antecipada de prova, contém fundamentação concreta e idônea a justificar a necessidade e urgência da medida, em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal.

Outrossim, a matéria foi abordada de modo cabal pela Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu lúcido parecer, cujas considerações e fundamentos, aos quais acrescento ao presente como razões de decidir, *in verbis*:

"Tramitam na vara de origem o inquérito policial nº 1506728-54.2020.8.26.0075, que apura suposto crime de estupro de vulnerável que teria sido praticado pelo paciente contra sua filha, a ação de divórcio nº 1002780-98.2019.8.26.0075, proposta por D.P.C.D., genitora daquela suposta vítima, contra o paciente, e, enfim, a medida cautelar nº 1002748-88.2022.8.26.0075, em que a d. autoridade impetrada acolheu o requerimento para a realização da produção antecipada de prova, com o objetivo de colher o depoimento especial da vítima.

"A d. autoridade impetrada, tendo analisado os autos do inquérito policial, também de sua competência, teve conhecimento da escuta especializada da ofendida, em que essa confirmou a ocorrência do crime de estupro de vulnerável fls. 273/283 do feito nº 1506728-54.2020.8.26.0075.

"Em face disso e reputando que a fala da ofendida seria essencial para o deslinde de questões versadas na ação de divórcio, suspendeu o andamento

Acesso ao Sumário

dessa, por entender que tal prova não poderia ser produzida naquele feito, até que, no bojo da investigação criminal, fosse colhido agora o depoimento especial, em diligência a ser pleiteada por algum dos legitimados. Confira-se a fls. 1867/1869 da ação de divórcio, nº 1002780-98.2019.8.26.0075.

"Cabe destacar que tal decisão não foi impugnada pelas partes.

"E, em razão dela, a genitora da menor, autora da ação de divórcio, propôs a medida cautelar para a colheita do depoimento especial, sob a forma preconizada na Lei 13.431/17, que recebeu o nº 1002748-88.2022.8.26.0075.

"Manifestando-se acerca do pleito, o Ministério Público de São Paulo encampou-o e opinou fosse deferida a colheita do depoimento especial, em produção antecipada de prova fls. 12/13 daquele procedimento.

"E, enfim, a d. autoridade impetrada determinou sua realização, sob o pálio do contraditório, com a participação da defesa do investigado, que é também demandado na ação de divórcio, como se viu.

"Ora, não há o constrangimento ilegal apontado.

"A uma, que a produção da prova de que reclama o d. impetrante será realizada com a participação da defesa técnica, com pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa.

"A duas, que o depoimento especial, pleiteado pela autora da ação de divórcio, é prova imprescindível para o andamento e para o julgamento daquela demanda, conforme decidiu sem ser contestada a d. autoridade impetrada.

"Ainda, de se notar que o *habeas corpus* tem sido utilizado largamente e mesmo em situações em que seu cabimento é, para dizer o menos, discutível.

"Todavia, seu escopo original, como preconizado pelo Constituinte, continua sendo o de afastar do direito à liberdade de ir, vir e permanecer ameaça derivada de ato ilegal de autoridade.

"Ora, a produção antecipada da prova, nas circunstâncias descritas na impetração, não causa nem risco de tal coação ilegal, na medida em que dela participará a defesa.

"De se notar, noutro giro, que não procede a alegação de ilegitimidade da ofendida para requerer a produção de tal prova, representada por sua genitora.

"Tomando por premissa que se trata de prova que interessará não apenas à ação penal futura, mas também ao processo de divórcio, é irrecusável a conclusão de que não falta legitimidade à própria ofendida para pleitear sua produção.

"E, de todo modo, tendo o *dominus litis* da ação penal anuído com sua produção, como se viu, resta prejudicada tal alegação.

"Cabe destacar, por oportuno, que há de prevalecer o interesse da vítima adolescente no confronto com o do indigitado agressor, porque são nesse sentido não apenas a própria Lei 13.431/17, mas os princípios constitucionais que informam os direitos e garantias da criança e do adolescente.

"Atende a tais princípios a colheita do depoimento sem dano, na forma da lei – por meio da produção antecipada de prova, assegurada a participação

Acesso ao Sumário

da defesa técnica e observado o contraditório –, não havendo incidência das normas processuais ordinárias que regem a matéria, quais sejam, a exigência de que se trate de situação de urgência e imprescindibilidade.

"A regra, no caso, é a do art. 11, § 1º, da Lei 13.431/2017, tendo o legislador dispensado a demonstração de tais requisitos – urgência e imprescindibilidade – para a realização da produção antecipada de prova.

"Enfim, não se divisa prejuízo para a defesa do paciente na colheita do depoimento especial. E, sem prejuízo, não se anula ato judicial, como se sabe. A propósito:

> "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. OITIVA ESPECIAL DA VÍTIMA. INFANTE. DEPOIMENTO SEM DANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MERA DISPOSIÇÃO LEGAL. LEI N. 13.341/17. ALEGADO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DA *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento da Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - Conforme se apreende, o crime em voga teria sido cometido contra criança, que, atualmente, atingiu os 4 (quatro) anos de idade. Nesse contexto, deve-se considerar que a vítima se enquadra na condição de pessoa em desenvolvimento, merecendo ser tratada como tal, jurídica e psicologicamente. III - No que atine ao debate da medida cautelar de produção antecipada de provas em si, o eg. Tribunal de origem fundamentou de forma suficiente e adequada a sua decisão, bem como ressaltou a mera aplicação de Lei Federal que protege o melhor interesse da vítima (criança). A oitiva especial da vítima, mesmo que de tenra idade, além de não encontrar qualquer óbice legal, tampouco causa prejuízo à defesa. Deve-se rememorar que tal forma de depoimento visa à proteção da depoente/declarante precipuamente. IV - Nos termos do pacífico entendimento desta eg. Corte Superior, o processo penal é regido pelo "princípio do *pas de nullité sans grief* e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563). Precedente" (HC n. 365.684/PB, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, de DJe de 20/9/2016). V - Com efeito, desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, para concluir pela nulidade, exigiria, a toda evidência, ampla e profunda valoração de

Acesso ao Sumário

fatos e provas - incompatível com esta via célere do writ. Habeas corpus não conhecido." (STJ – HC n. 714.236/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022) – sem destaque no texto original.

"*In casu*, a produção da prova será feita nos termos do que determinou o legislador, não havendo prejuízo para a defesa." (fls. 50/53).

E, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Diante de todo o exposto, denega-se a ordem ora impetrada.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2185858-07.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. B. K., é impetrado M. J. DE D. DA 1 V. C. DO F. R. DE S. A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.211)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente) e MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

WALTER DA SILVA, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Alegação de violação de direito líquido e certo em razão do indeferimento de pedido de análise, pelo Instituto Médico Legal, das fotos captadas do rosto e pescoço do cadáver para fins de confecção do laudo pericial acerca do delito alegado – Inexistência de violação a direito líquido e certo – Inquérito policial é procedimento de natureza administrativa, sigiloso e inquisitivo, portanto, sem contraditório – Autorização legal a realização de pedido de diligência pela parte não tem caráter

Acesso ao Sumário

vinculativo, devendo ser avaliada em um juízo de conveniência e oportunidade – Denegada a segurança.

VOTO

O Doutor D. B. K., Advogado, impetra o presente ***Mandado de Segurança***, seu próprio favor, contra ato da MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Regional II – Santo Amaro – da Comarca de São Paulo/SP.

Informa o impetrante, que solicitou a instauração de inquérito policial para a apuração de crime de vilipendio a cadáver praticado por funcionário(s) da empresa Quarta Parada Serviços Funerários no corpo de sua genitora falecida ao realizar os serviços funerários.

Destaca que o inquérito policial foi devidamente instaurado, tendo o impetrante realizado pedido de análise, pelo Instituto Médico Legal, das fotos captadas do rosto e pescoço do cadáver para fins de confecção do laudo pericial acerca do delito alegado.

Ressalta que referido pedido foi indeferido pela MMª Juíza *a quo*, que também indeferiu o pedido de reconsideração, sendo contra essa decisão opostos Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados.

Sustenta haver ilegalidade na referida decisão, pois viola direito líquido e certo do impetrante de pleitear o exame de corpo de delito na modalidade indireta.

Requer a concessão liminar do *mandamus* a fim de que seja determinada a requisição judicial para o Delegado de Polícia solicitar ao Instituto Médico Legal a realização de perícia, na modalidade indireta, com base nas fotos do rosto e do pescoço do cadáver, juntadas aos autos, a fim de elaboração do pericial (fls. 01/13).

O pedido liminar foi indeferido, fls. 175/176. Processado o Mandado de Segurança.

Prestadas as informações de praxe (fls. 179/180), com documentos juntados às fls. 181/219.

A Douta Procuradoria de Justiça se manifestou pela denegação da segurança (fls. 222/227).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado por **D. B. K.**, visando seja determinada a requisição judicial para o Delegado de Polícia solicitar ao Instituto Médico Legal a realização de perícia, na modalidade indireta, com base nas fotos do rosto e do pescoço do cadáver, juntadas aos autos, a fim de elaboração do pericial.

De acordo com as informações prestadas, trata-se de procedimento de re-

Acesso ao Sumário

presentação para instauração de inquérito policial, com vistas a apurar eventual ocorrência do crime de vilipêndio a cadáver em fatos ocorridos entre os dias 21 e 22 de dezembro de 2018. O impetrante requereu a elaboração de laudo pericial indireto, relacionado ao cadáver, com intuito de constatar a causa dos inchaços no seu rosto e pescoço. Os autos foram redistribuídos. O paciente reiterou o pedido de elaboração de laudo indireto no cadáver. O Ministério Público se manifestou desfavoravelmente ao pedido. O pedido foi indeferido, tendo em visto que necessário aguardar a conclusão do inquérito policial, pois ainda não há indícios da ocorrência de crime e os peritos teriam dificuldade em avaliar por meio de fotografias sem outros elementos de prova para análise em conjunto, como bem ressaltou o Ministério Público. Houve pedido de reconsideração da decisão. Novamente indeferido. Foram opostos Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados. Aguarda-se a conclusão do inquérito policial.

O *mandamus* não comporta concessão.

Desde logo, registre-se que não se observa qualquer nulidade, irregularidade, ilegalidade ou teratologia na decisão que indeferiu o pedido de elaboração de laudo pericial indireto, relacionado ao cadáver, com intuito de constatar a causa dos inchaços no seu rosto e pescoço.

De rigor relembrar que o inquérito policial é procedimento de natureza administrativa, sigiloso e inquisitivo, portanto, sem contraditório.

Destarte, pese haja disposição legal (artigo 14 do Código de Processo Penal) autorizando a parte o requerimento de diligências, tal situação não é vinculativa, devendo a autoridade policial ou o MM. Juízo, como *in casu*, avaliar a viabilidade da diligência em um juízo de conveniência e oportunidade.

In casu, entendeu a MMª. Juíza *a quo* não ser oportuna a realização da diligência: *"Como bem pontuou o Parquet é necessário aguardar a conclusão do inquérito policial, pois ainda não há indícios da ocorrência de crime e os peritos teriam dificuldade em avaliar por meio de fotografias sem outros elementos de prova para análise em conjunto"*, fls. 202.

Nesse contexto, não há cogitar de reversão da decisão. Todavia, diante do prosseguimento do inquérito policial nada impede que havendo coleta de novas provas, a diligência seja reavaliada e autorizada pelo MM. Juízo *a quo*.

Como bem destacado pelo d. Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer: *"Respeitosamente, há pertinência da r. decisão com a contextura do caso. Isso porque, tendo em conta os parcos elementos informativos até agora angariados, a diligência proposta não sugere elemento informativo apto a robustecer o acervo probatório. Sem embargo, nada impede reavaliação do pedido, caso surjam subsídios mais concretos em desfavor da empresa sob investigação e dos serviços prestados, desde que reunidos outros informes aptos a indicar a necessidade ou utilidade da realização do exame de corpo de delito indireto"*,

Acesso ao Sumário

fls. 227.

Nessas condições, não se vislumbra qualquer ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

Assim sendo, **DENEGO A SEGURANÇA.**

Procedimentos Investigatórios Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Procedimento Investigatório Criminal (pic-mp) nº 2252123-88.2022.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Mirim, em que, é sindicado PAULO DE OLIVEIRA E SILVA (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MOGI MIRIM).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Homologaram a cota de arquivamento, determinando o encerramento do presente procedimento investigatório, nos moldes requeridos pela Procuradoria Geral de Justiça. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.669)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Procedimento investigatório ministerial. Crime de recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública. A recusa tácita na assinatura de termo de ajustamento de conduta não configura, por si só, a prática do delito previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85. Ausência de indícios mínimos de eventual prática do ilícito penal investigado na espécie. Arquivamento promovido pela Procuradoria Geral de Justiça. Homologação judicial.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de procedimento investigatório ministerial instaurado para apu-

rar a suposta prática do crime previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85, figurando como investigado PAULO DE OLIVEIRA E SILVA, na qualidade de Prefeito do município de Mogi Mirim.

Consoante as peças carreadas aos autos, em 13 de setembro de 2022, houve o requerimento de instauração de procedimento investigatório criminal por parte da 3ª Promotoria de Justiça de Mogi Mirim (fl. 6 - ofício), em razão da omissão do Poder Executivo de Mogi Mirim em responder aos ofícios expedidos pelo Ministério Público, referentes à proposta de assinatura de termo de ajustamento de conduta, buscando a regularização do funcionamento e da segurança de campos de futebol e centros desportivos municipais.

Em 19 de setembro de 2022, o procedimento investigatório foi registrado e encaminhado à apreciação da Procuradoria de Justiça, que, após análise, promoveu o arquivamento dos autos (fls. 25/27), ante a falta de indícios mínimos da prática do delito apontado.

É o relatório.

Submetido à análise desta Relatoria, de rigor o arquivamento do feito, conforme bem delineado pela Procuradoria Geral de Justiça.

Veja-se, por oportuno, o teor do requerimento formulado pela 3ª Promotoria de Justiça de Mogi Mirim (fl. 6):

> *"Pelo presente, em razão da omissão do Poder Executivo de Mogi Mirim em responder aos ofícios expedidos, não só neste, mas em diversos procedimentos desta Promotoria de Justiça, requeiro a instauração de procedimento criminal para apurar eventual crime previsto no artigo 10 da Lei 7.347/1985, conforme documentação em anexo (...)."*

O termo de ajustamento de conduta formulado pelo Ministério Público, cuja inércia na resposta pelo Prefeito de Mogi Mirim deu azo ao presente procedimento investigatório, possuiu o seguinte objeto (fl. 8):

> *"O presente termo registra o compromisso de ajustamento de conduta celebrado entre as partes pactuantes supramencionadas, visando regularizar o funcionamento de campos de futebol e centros desportivos municipais, os quais não estão adequados para o recebimento de munícipes, tanto que não possuem alvarás do corpo de bombeiros."*

Pois bem.

O delito previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85, mencionado pelo Ministério Público de primeiro grau, exige, para a sua tipificação, *"a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público"*.

A situação fática do caso concreto, todavia, é diversa, como bem apontado pela Procuradoria Geral de Justiça.

Isso porque a *recusa tácita* na assinatura de termo de ajustamento de conduta, haja vista a omissão reiterada do Poder Executivo Municipal em responder aos ofícios enviados pelo Ministério Público, não configura, por si só, a prática do delito previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85.

Afinal, não houve a recusa de entrega de *documentação contendo dados técnicos indispensáveis*, por parte do Prefeito, *para o ajuizamento de ação civil pública*, conforme exige o tipo penal em questão.

Em suma, inexistindo indícios suficientes de eventual cometimento de crime pelo Prefeito Municipal de Mogi Mirim, em relação aos fatos descritos nos autos, o arquivamento do procedimento investigatório é medida que se impõe na espécie.

Ante o exposto, pelo meu voto, **homologo** a cota de arquivamento, determinando o encerramento do presente procedimento investigatório, nos moldes requeridos pela Procuradoria Geral de Justiça.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1032068-98.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são recorrentes/querelantes MARCELO FALCONE HANAN, SAMUEL ASSAYAG HANAN, DANIEL FALCONE HANAN e ORLANDO DE LEMOS FALCONE, é querelado PEDRO LOPES ARNÁ e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 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 7.404)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA e MARCELO GORDO.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

XISTO RANGEL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Queixa-crime. Calúnia, Injúria e Difamação. Inicial rejeitada por falta de condição da ação.

Pretendido o recebimento da queixa. Impossibilidade. Ausência de requisitos mínimos (justa causa) para a ação penal privada. Decisão mantida. Recurso não provido. Sucumbente condenado a arcar com as custas e honorários.

VOTO

Samuel Assayag Hanan, Marcelo Falcone Hanan, Daniel Falcone Hanan e Orlando de Lemos Falcone, qualificados nos autos, apresentaram Queixa-Crime contra Pedro Lopes Arná, a qual foi rejeitada nos termos do artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal (fls. 522/523).

Inconformados (fls. 530/545), pleiteiam o recebimento da inicial e o prosseguimento do feito, alegando estarem presentes os requisitos legais previstos no Código de Processo Penal. Afirmam que o crime de injúria qualificada pelo preconceito não foi objeto da queixa e não houve pedido de condenação por crime de injúria contra pessoa jurídica. Alegam ainda que restou comprovado o crime de injúria contra Samuel e Orlando, bem como o crime de difamação e calúnia contra Samuel.

Processado e contra-arrazoado o recurso (fls. 561/571), o Magistrado *a quo* manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, determinando a remessa dos autos a esta instância (fls. 581).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 588/591).

Houve objeção ao julgamento virtual.

É o relatório.

Samuel Assayag Hanan, Marcelo Falcone Hanan, Daniel Falcone Hanan e Orlando de Lemos Falcone ofereceram queixa-crime contra Pedro Lopes Arná pela prática, em tese, dos crimes de injúria, calúnia e difamação, nos termos dos artigos 138, 139 e 140, do Código Penal, porque, segundo narram, Pedro Lopes Arná, em 07 de junho de 2021, por meio de notificação, utilizou termos injuriosos contra os querelantes Samuel Assayag Hanan, Marcelo Falcone Hanan, Daniel Falcone Hanan, valendo-se de elementos referentes à região de nascimento deles. O querelado também teria injuriado o querelante Samuel, utilizando termos referente à sua idade.

Alegam, ainda, que nas mesmas circunstâncias, o querelado teria praticado injúria simples contra os querelantes, ao ofender a pessoa jurídica "Legacy Incorporadora Ltda", que tem como sócios Samuel Assayag Hanan, Marcelo Falcone Hanan, Daniel Falcone Hanan, sendo um de seus prestadores de serviços o querelante Orlando de Lemos Falcone. Também teria ofendido especificamente a dignidade e decoro de Orlando de Lemos Falcone.

Acesso ao Sumário

Por fim, aduzem que, no mesmo contexto, o querelado teria praticado os crimes de difamação e calúnia contra o querelante Samuel.

O MM. Juiz de Direito a quo rejeitou a queixa- crime, com fundamento no artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal (fls. 522/523).

Inconformados, os querelantes pretendem o recebimento da inicial, argumentando que estão presentes os requisitos para a propositura da ação penal privada.

Razão não assiste aos recorrentes.

Conforme determina a lei, a denúncia, ou queixa- crime, deve preencher os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, devendo ser rejeitada quando não atender a tais pressupostos, ou se ocorrer as hipóteses descritas no artigo 395, do mesmo diploma legal.

Cumpre ressaltar que a denúncia, ou a queixa- crime, deve "conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (...)", de forma que, não tendo os fatos supostamente criminosos expostos em sua plenitude, de maneira delineada, impossibilitando-se o exercício da ampla defesa por parte do querelado, inviável, realmente, o recebimento da queixa-crime.

No caso dos autos, apesar de bastante extensa, a inicial não atendeu aos requisitos de admissibilidade, mesmo porque completamente sem objetividade. Como bem fundamentado pelo magistrado a quo (fls. 523): *No caso em exame, a despeito de sua extensão, a inicial não atendeu aos requisitos de admissibilidade, não tendo havido descrição cristalina do fato a ser apurado na esfera criminal privada. Além da junção de diversos fatos outros não sindicáveis pela via da querela privada, consta na proemial a descrição de injúrias supostamente perpetradas em face de pessoa jurídica, não possuidora de honra subjetiva, como muito bem apontado pelo Ministério Público (fl. 519). Isso sem olvidar na narração de fatos pertinentes a ação penal pública condicionada a representação do ofendido, sobre a qual não detêm, os querelantes, legitimidade constitucional ativa.*

Acesso ao Sumário

Embora não se exija uma descrição pormenorizada dos fatos, é imprescindível que as condutas imputadas na queixa-crime estejam suficientemente delineadas. Afinal, a parte acusada precisa ter plena noção daquilo que lhe é imputado, sem o que não haverá ampla defesa no processo instaurado.

Aliás, como bem observou a Defesa do querelado (fls. 564): *a inicial se alonga por extensas 24 páginas, o que, por si só, já demonstra sua prolixidade, sobretudo quando se verifica que se trata de ação penal para a apuração de crimes contra a honra praticados, em tese, por uma única pessoa, e, ainda, por meio de missiva encaminhada diretamente à suposta vítima tudo a indicar a pequena complexidade do feito. Ocorre que, somente se referindo a "considerações introdutórias", a exordial ocupa quatro laudas. Afora a contextualização*

da relação que mantém querelantes e querelados, consta do preâmbulo acusações sobre fatos apurados em inquérito policial e ação penal privada diversos da presente, relatório do andamento do inquérito policial que instrui a presente demanda, transcrição de despacho proferido por autoridade policial, acusações quanto a uma suposta conduta desairosa por parte do recorrido no curso das investigações e resumo de petição juntada pelo então advogado do recorrido nestes mesmos autos. Embora se admita que a contextualização da relação estabelecida entre querelantes e querelado seja bem-vinda na petição inicial da ação penal privada, é certo que todo o restante é proibido, eis que afronta o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, e cuja sanção legalmente prevista é processual, qual seja, o reconhecimento de sua inépcia como devidamente ocorreu. Já no segundo tópico (fls. 06), ao tratar dos "crimes praticados por PEDRO em 7/6/2021", a exordial lança mão de um tópico específico sobre "injúrias qualificadas titularidade do Ministério Público" e, mais uma vez, se alonga por três laudas para tratar de supostos crimes que sequer podem, de qualquer forma, integrar a acusação que se pretendeu formular.

Ademais, os elementos constantes nos autos não descortinam a verossimilhança da imputação, mais precisamente, quanto ao dolo do querelado.

Sabe-se, com efeito, que os crimes contra a honra, no que toca ao elemento subjetivo, para sua configuração, reclamam que o agente tenha a intenção de ofender a honra alheia, a vontade de injuriar, difamar e caluniar, não bastando a simples consciência da idoneidade lesiva da ação (NÉLSON HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, Forense, vol. VI, 1958, págs. 50/53). Trata-se do chamado "animus injuriandi vel diffamandi". Em outras palavras, "não se configura o crime se a expressão ofensiva for realizada sem o propósito de ofender", como se dá, por exemplo, quando "da manifestação ofensiva feita com o propósito de informar ou narrar um acontecimento (animus narrandi), ou com o propósito de debater ou criticar (animus criticandi), particularmente amplo em matéria política" (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Lições de Direito Penal, Forense, Parte Especial, vol. 1, 1.987, pág. 184, grifei). Menciona, ainda, a doutrina, enquanto fator a arredar o ilícito penal, o "animus defendendi", consistente na intenção "de agir na tutela do próprio interesse" (NÉLSON HUNGRIA, obra citada, pág).

Além disso, há de se rejeitar os crimes de injúria praticados contra a empresa "Legacy Incorporadora Ltda".

Com efeito, a injúria, ao contrário da difamação, tem como bem jurídico tutelado apenas a honra subjetiva da pessoa, ou seja, a ofensa que atinge a autoestima da pessoa, aquilo que ela pensa de si mesma.

Assim, tendo em vista que a pessoa jurídica "Legacy Incorporadora Ltda" não possui autoestima, vez que isso é atributo de algo detentor de sentimentos,

Acesso ao Sumário

a personalidade jurídica não pode figurar no polo passivo do delito em comento.

Nesse sentido, *a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo do crime de injúria, por lhe faltar a honra subjetiva, patrimônio exclusivo da pessoa humana* (TJSP, Processo 328708/7, Rel. Rulli Júnior, j. 24/9/98).

Do mesmo modo, **não é possível estender aos sócios as imputações pejorativas ofensivas externadas pelo querelado contra a pessoa jurídica "Legacy Incorporadora Ltda", uma vez que suas personalidades não se confundem. Ainda que sejam sócios administradores da referida empresa, ela constitui pessoa diferente deles, com personalidade e direitos próprios.**

Mas não é só. Ainda que nos atentemos para os adjetivos desairosos empregados na missiva em questão, especialmente aqueles destacados em vermelho e que mencionam as pessoas físicas, não há como desconsiderá-los do contexto, nitidamente de litígio entre as partes, em meio ao qual, as críticas acerbas são reprováveis, mas não criminosas.

Vimemos tempos de liberdade de manifestação e crítica, cujo exercício muitas vezes extrapola o campo da urbanidade, mas que nem por isso deve atrair a incidência do direito penal, cuja maior característica é a pena privativa de liberdade.

Não à toa que a própria Constituição Federal, em explícita adoção do princípio da subsidiariedade, crava no art. 5º IV, V e X, que a manifestação do pensamento deve ser livre, vedando-se somente o anonimato para que, em caso de eventual abuso, busque-se reparação moral/material e, quando o caso, direito de resposta proporcional ao gravame.

É descabido usar do direito penal como primeira medida. Mormente em situações como a em questão, de evidente litígio comercial entre as partes, animado notificações e contranotificações.

Presente o ânimo de criticar, de defender uma posição em detrimento de outra, ainda que empregadas expressões exageradas, maleducadas, chulas, não é caso de avocar o direito penal. Até porque, assim não fosse, pouca gente se livraria, hoje em dia, de ser chamada às barras da justiça criminal, ameaçada de cadeia pelo que disse ou pelo que disse de forma irritada, irada ou descortês.

Portanto, diante da ausência dos pressupostos mínimos para a propositura da ação penal privada, nos termos do artigo 395, inciso I e III, do Código de Processo Penal, a rejeição da queixa-crime era de rigor, razão pela qual a r. Decisão aqui vergastada merece ser mantida integralmente, inclusive por seus bem lançados fundamentos.

Custas pela parte sucumbente (inclusive já recolhidas), que também deve pagar, a título de honorários advocatícios, o montante de R$ 5.058,54 (conforme tabela de honorários da OAB-SP, ÍTEM 13.27.B), na forma do art. 85 do CPC, de aplicação subsidiária à espécie (já que o art. 804 do CPP silencia a esse res-

Acesso ao Sumário

peito).

Os honorários são devidos em razão do princípio da causalidade, pois com a sua atuação, os querelantes deram causa a que a parte contrária tivesse despesas com a contratação de advogado.

A condenação em honorários, vale dizer, é admitida pela jurisprudência:

1 - AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. QUEIXA-CRIME. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS IMPOSTOS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 20, §3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. VALOR. EXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. Consoante a jurisprudência sedimentada do STJ, o princípio geral da sucumbência é aplicável no âmbito do processo penal quando se tratar de ação penal privada. Precedentes. 2. Não cabe ao STJ revisar os valores de sucumbência fixados pela instância ordinária em consideração aos elementos fáticos da causa. Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.206.311/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi).

2 - TJ-BA - Apelação APL 05031118320148050080 (TJ-BA) data de publicação: 23/02/2017 - Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO PENAL PRIVADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PEREMPÇÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATICIOS EM AÇÃO PENAL PRIVADA. SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE. ANALOGIA AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PLEITO DE CONDENAÇÃO DA QUERELANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Em que pese o processo penal não prevê textualmente a sucumbência, é perfeitamente possível haver condenação em honorários advocatícios em ação penal privada. Conclusão que se extrai da incidência dos princípios da sucumbência e da causalidade, o que permite a aplicação analógica do art. 20 § 4º do Código de Processo Civil. Assim, mesmo não havendo parte vencida e vencedor, como no caso em epígrafe, não cabe eximir o querelante do pagamento das verbas sucumbenciais pelo só fato de o mérito da demanda não ter sido analisado em virtude da extinção da punibilidade pela perempção, principalmente por restar evidenciado que o causídico do querelado prestou efetivamente seus serviços. Ademais, é válido salientar que, à luz do princípio da causalidade, extinto o processo sem julgamento do mérito, decorrente da perempção, a parte que deu causa à extinção do feito deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios. Logo, a ocorrência de causa de extinção da punibilidade sem análise do mérito da demanda, não impossibilita o pagamento das verbas sucumbenciais, competindo ao Juízo nomeante, ao final da ação, fixar os honorários advocatícios, devendo, para tanto, se balizar na tabela de honorários da OAB e em critérios relacionados à complexidade da causa, diligência, zelo profissional e tempo de tramitação da ação. Recurso conhecido e provido. (Classe: Apelação, Número do Processo:

Acesso ao Sumário

0503111-83.2014.8.05.0080, Relator (a): Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Publicado em: 23/02/2017).

STF, Pet 7.635, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, j. 24.05.2021: *Nos crimes de calúnia e difamação, a legitimidade para a propositura da ação privada exige que haja elementos que apontem concretamente a atuação do querelado. A tipificação da difamação deve referir-se apenas aos casos mais graves, jamais sendo possível aplicar a pena de prisão, sendo certo que, em relação a pessoas públicas, o interesse público na matéria objeto de crítica deve ser considerado como defesa.*

Em contexto político de rivalidade entre as partes, as declarações potencialmente ofensivas ou caluniosas devem presumir-se relacionadas ao exercício do mandato parlamentar e, consequentemente, albergadas pela imunidade material.

É possível a fixação de honorários nas ações penais privadas, desde que observado o grau de complexidade da atuação dos advogados e em linha com precedentes do Tribunal.

Pelo exposto, **nega-se** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1500015-38.2019.8.26.0030, da Comarca de Apiaí, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ROSINEI GONCALVES DE FARIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para, mantida a decisão de pronúncia, considerar Rosinei Gonçalves de Faria incurso no artigo 121, parágrafo 2º, inciso III, do Código Penal, oficiando-se. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.311)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 3 de novembro de 2022.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: <u>RECURSO EM SENTIDO ESTRITO</u> – Homicídio consumado (meio cruel): Pedido de incidência

da qualificadora do meio cruel – Possibilidade – Existência de elementos mínimos a justificar a pronúncia e a incidência da referida qualificadora, a qual não se mostra teratológica ou despropositada – Descabida análise aprofundada em sede de decisão de pronúncia – Competência do Tribunal do Júri para dirimir a questão. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, nos autos da ação penal que é promovida em face de ROSINEI GONÇALVES DE FARIA, pela prática de delito descrito no artigo 121, *caput*, do Código Penal, que tramita perante a Vara Única da comarca de Apiaí. Irresignado com a decisão que afastou a qualificadora do meio cruel (cf. fls. 205/214), pleiteia sua incidência (cf. fls. 222/229).

Recebido, contrariado (cf. fls. 230 e 242/243), mantido o decidido (cf. fl. 249), opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça por seu provimento (cf. fls. 260/262).

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

De início, há que se consignar que o princípio que rege a decisão de pronúncia é a máxima *in dubio pro societatis*, de modo a reconhecer que fora correta a posição do magistrado de piso em pronunciar o acusado, permitindo ao Júri popular a análise aprofundada do quadro probatório.

Em relação à questão da incidência da qualificadora do meio cruel, o Juízo *a quo* afastou a possibilidade do seu exame pelo Tribunal Popular. Ressaltou na r. decisão que o meio cruel não teria sido empregado pelo recorrido, porque o laudo necroscópico teria afastado sua incidência, bem como pelo fato de que a vítima já estaria morta, no momento em que o recorrido teria amarrado uma corda em seu pescoço.

Pois bem, há que se consignar, entretanto, que não existe a certeza do momento exato do evento morte, já que não houve testemunhas presenciais do embate entre o acusado e a vítima, restando apenas as palavras do primeiro, o qual, sempre que interrogado, declarou que após ter acertado o ofendido em sua cabeça com a parte de trás do machado para cessar às agressões físicas dirigidas à sua pessoa, aquele ainda tentava se levantar para atacá-lo, razão pela qual teria amarrado uma ponta de uma corda em seu pescoço, atando a outra ponta a uma árvore para evitar que a vítima continuasse a persegui-lo.

Nestes termos, sendo esta a única versão para os fatos, não se vislumbrando lógica na conduta do acusado em amarrar uma corda ao pescoço do ofendido,

Acesso ao Sumário

para, em seguida, atá-la a uma árvore se este já estivesse morto. Assim, segundo a dinâmica narrada, não se vislumbra descabida ou totalmente impertinente a incidência da qualificadora em questão, cabendo ao Tribunal do Júri analisar as provas e verificar se restara, ou não, configurada (RT 594/408, 515/349 e 516/60).

Portanto, há razão para alterar a decisão de Primeira Instância.

Posto isto, dá-se provimento ao recurso para, mantida a decisão de pronúncia, considerar Rosinei Gonçalves de Faria incurso no artigo 121, parágrafo 2º, inciso III, do Código Penal, oficiando-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0003180-65.2022.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é recorrente VANDERLEIDE OLIVEIRA DO VALE, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto pela corré Vanderleide Oliveira do Vale e mantiveram a respeitável decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 29.647)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 18 de novembro de 2022.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso em sentido estrito – Inserção de dados falsos em sistema de informações – Insurgência em face da manutenção das cautelares alternativas ao cárcere aplicadas por ocasião do deferimento do benefício da liberdade provisória – Necessidade e adequação que não se tornaram insubsistentes, especialmente em razão da concreta individualização da medida, que levou em conta a gravidade do crime, circunstâncias dos fatos e condições pessoais da acusada – Reconhecimento – Inexistência de limitação temporal das medidas cautelares diversas da prisão

– Exegese do artigo 282, do Código de Processo Penal – Precedentes – Cassação – Descabimento – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de recurso em sentido estrito contra respeitável decisão que manteve as cautelares alternativas ao cárcere aplicadas por ocasião do deferimento do benefício da liberdade provisória da recorrente (fls. 27/28).

A acusada recorre e, enfatizando que, "...tendo em vista de a audiência estar disponível para um período muito longo, ou seja, para 2023...", a manutenção da "...medida será uma sentença, sem ao menos a requerente ser condenada, sem apreciação geral do processo sem a devida instrução e que ao final poderá até ser absolvida, conforme exposto em defesa preliminar, fls. 176 a 195, que a tese da defesa é que não houve crime algum a todos acusados, que todos virão em momento oportuno em suas oitivas declarar de que cada um inseriu suas próprias digitais...", postula a revogação das cautelares impostas alternativamente à prisão (fls. 01/08).

O recurso foi contrariado (fls. 15/17), contando os autos com decisão mantenedora em sede de juízo de retratação (fls. 18) e parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo acolhimento parcial do reclamo defensivo (fls. 36/37).

É o relatório.

A insurgência não prospera, como abaixo se verá.

Antes, porém, insta deixar assentado que, em razão das alterações promovidas pela Lei nº 12.402/2011, que concebeu várias cautelares alternativas à prisão, o inciso V, do artigo 581, do Código de Processo Penal, deve receber interpretação extensiva, possibilitando o reexame das decisões que conceder, negar, cassar, manter ou revogar a prisão domiciliar ou quaisquer das medidas previstas nos artigos 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal.

Os autos dão conta de que a recorrente foi presa em flagrante e está sendo processada, juntamente com Marcos Antônio da Silva, Jorge Guilherme, Vinícius Ferreira da Silva, Tiago França Santana e Gabriel Rodrigues Carvalho, como incursa no artigo 313-A, c.c. o artigo 29, do Código Penal, pelos fatos assim textualmente narrados na denúncia:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia07 de agosto de 2019, em horário incerto, porém anterior às 09h00, na Auto Moto Escola Ideal Ltda. ME., localizada na Avenida Inocêncio Seráfico, nº 2.495, nesta cidade e Comarca de Carapicuíba, VANDERLEI-DE OLIVEIRA DO VALE, na qualidade de proprietária da autoescola,

Acesso ao Sumário

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA e JORGE GUILHERME, instrutores, VINÍCIUS FERREIRA DA SILVA, TIAGO FRANÇA SANTANA e GABRIEL RODRIGUES CARVALHO, alunos, agindo em concurso, comunidade de propósitos, inseriram ou auxiliaram na inserção de dados falsos nos sistemas informatizados da Administração Pública - sistema E-CNH/SP, com o fim de obterem vantagem indevidas em proveito comum.

Segundo o apurado, a Superintendência do Detran/SP recebeu denúncia anônima dando conta da inserção de dados falsos pela Autoescola Ideal no sistema E-CNH/SP, o que se dava por meio de utilização de moldes de silicone.

É certo que o controle de frequência de alunos às aulas práticas é realizado por meio do seguinte procedimento: o instrutor entra no sistema E-CNH/SP; coloca sua digital no leitor; insere os dados do aluno que irá fazer a aula prática e assina digitalmente utilizando o cartão de assinatura eletrônica E-CPF. O aluno, em seguida, coloca sua digital no leitor para confirmar sua presença e a aula é iniciada.

Então, na data sobredita, agentes estaduais de trânsito diligenciaram no local dos fatos com vistas a apurar o noticiado. Para tanto, efetuaram pesquisa prévia no sistema do Detran, denominado E-CNH/SP e constataram que havia no sistema três aulas em andamento, a saber:

1. motocicleta placa DWT 2680, com instrutor VANDERLEIDE e aluno VINICIUS FERREIRA DA SILVA;

2. motocicleta placa EUD 6590, Instrutor MARCOS ANTÔNIO e aluno TIAGO FRANÇA SANTANA;

3. veículo placas DMN 961, com instrutor JORGE GUILHERME e aluno GABRIEL RODRIGUES CARVALHO.

Ocorre que, ao chegarem na autoescola às 09 horas, os agentes encontraram o estabelecimento fechado, com somente VANDERLEIDE dentro dele.

No estabelecimento localizaram a motocicleta CG 160, placas DWT2680 parada, sendo certo que no sistema a referida motocicleta estaria em aula, com início às 08h05 e término às 10h35, com o aluno VINÍCIUS FERREIRADA SILVA, e instrutor VANDERLEIDE.

Tendo em vista essa irregularidade, os agentes solicitaram o retorno dos outros dois veículos com aulas em andamento no sistema para averiguação (Motocicleta Honda CG 160, placa EUD 6590 e Veículo Fiat/Pálio, placa DMN9612).

Neste momento, antes mesmos dos veículos retornarem ao esta-

Acesso ao Sumário

cionamento da autoescola, a denunciada entregou aos agentes os moldes de silicone com as digitais dos alunos e assumiu que a motocicleta com placas DWT3680 realmente não estava em aula.

O instrutor MARCOS ANTÔNIO chegou em um veículo diferente do cadastrado no sistema na companhia do aluno não cadastrado Aloisio Souza Gomes. Foi inserido no sistema, no entanto, que MARCOS ANTÔNIO estaria com o veículo EUD 6590 com o aluno TIAGO FRANÇA SANTANA.

Por fim, o veículo placas DMN 961, cujo instrutor deveria ser JORGE GUILHERME e aluno GABRIEL RODRIGUES CARVALHO retornou ao local por pessoa que nem funcionário da Autoescola é.

Assim, restou demonstrado que VANDERLEIDE, MARCOS ANTÔNIO DA SILVA e JORGE GUILHERME, fazendo uso dos moldes de silicone de terceiros ou pessoalmente, fizeram inserir no sistema E- CNH, do DETRAN, dados falsos, com o objetivo de informar falsamente a realização de aulas práticas veiculares que nunca ocorreram.

Os alunos VINÍCIUS FERREIRA DA SILVA, TIAGO FRANÇA SANTANA e GABRIEL RODRIGUES CARVALHO concorreram para o delito na medida que forneceram seus dados e digitais para forjar a realização de aulas práticas.

Questionada, VANDERLEIDE negou o crime dizendo que utilizada os moldes de silicone para abrir o sistema em caso de instabilidade (fl. 08).”

Ultimada a audiência custódia, à acusada foi deferido o benefício da liberdade provisória, com a aplicação concomitante das cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e VIII, do Código de Processo Penal, além das obrigações de comparecer a todos os atos de eventual processo e não mudar de endereço domiciliar sem prévia comunicação do Juízo (fls. 29, dos autos originários).

Como se vê, mostram-se subsistentes a necessidade e adequação, especialmente em razão da concreta individualização da medida, que levou em conta a gravidade do crime, circunstâncias dos fatos e condições pessoais da acusada, de modo que não há falar em cassação das cautelares alternativas ao cárcere.

Persistente, pois, a indispensabilidade da manutenção das providências acautelatórias adotadas monocraticamente, até porque menos gravosas ao direito de liberdade da recorrente, mas que estão possibilitando alcançar, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela segregação originada por ocasião da prisão em flagrante.

Acresça-se, pela relevância, que não há disposição legal que restrinja o prazo das medidas cautelares diversas da prisão, sobretudo se se atentar que inexiste retardamento injustificado, vez que *“...a audiência foi designada para*

Acesso ao Sumário

o dia 07 de fevereiro de 2023, devido à pauta extremamente sobrecarregada deste Juízo, sendo as medidas cautelares apenas de comparecimento mensal em juízo; proibição de ausentar-se da comarca em que reside por mais de 10 (dez) dias sem prévia autorização judicial; comparecer a todos os atos do processo e não mudar de domicílio sem prévia comunicação do Juízo, o que, por óbvio, em nada maculam o exercício dos direitos do requerente..." (fls. 27).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, analisando caso análogo, já teve oportunidade de decidir recentemente:

> ***"(...). 2. No caso, não se trata de imposição tardia de medidas cautelares, mas da manutenção de medidas menos gravosas que a prisão decretadas com a presença de fundamentos concretos e contemporâneos aos fatos imputados. 3. Conforme ressaltado pela Corte de origem as circunstâncias do caso concreto, em que a paciente é acusada de reiteradamente internalizar mercadorias importadas, de alto valor, sem o correspondente pagamento de tributos, no contexto de transnacionalidade, justificam a manutenção da medida cautelar de retenção do passaporte. 4. Conquanto a paciente esteja cumprindo as referidas medidas cautelares há tempo considerável, não é possível se reconhecer a existência de retardo abusivo e injustificado, de forma a caracterizar desproporcional excesso de prazo no cumprimento da medida. (...)"*** (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC nº 737.657/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 23.06.2022)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pela corré Vanderleide Oliveira do Vale, mantendo assim a respeitável decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1000732-66.2022.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é recorrente/querelante E. A. L. G., é recorrido M. P. DO E. DE S. P., Querelados L. F. P., E. S., R. C. C., N.S., B. R. P. V., M. G. P., M. E. V. R. DA S. e V. M. V..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.938)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 2 de dezembro de 2022.
LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INJÚRIA E DIFAMAÇÃO – REJEIÇÃO DE QUEIXA-CRIME – INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO SEM OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NÃO ACOLHIMENTO – Instrumento de mandato genérico, sem menção ao fato criminoso e outorga de poderes especiais para fins de ajuizamento da ação privada e do oferecimento da queixa-crime, não restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código de Processo Penal e, diante do transcurso do prazo decadencial, inviável a regularização do feito. Precedentes. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

E. A. L. G. interpôs Recurso em Sentido Estrito contra a r. sentença datada de 09.03.2022, proferida pelo MMº. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ibitinga, que rejeitou a queixa-crime apresentada em face de L. F. P, É. S., R.C.C. (conhecida como R. A. H.), N. S., B. R. P. V., M. G. P., M. E. V. R. da S. e V. M. V., com fundamento no artigo 395, incisos I e II, do Código de Processo Penal (fls. 214/217).

Nas razões recursais, o recorrente pleiteou a reforma da decisão, para que seja determinada a intimação do Querelante para o saneamento do suposto vício processual, uma vez que possível fazê-lo a qualquer tempo, dando-se regular prosseguimento do feito (fls. 224/225).

Processado e contrarrazoado o recurso (fls. 245/249, 252/260, 272/276, 308/309, 321/323, 328/330, 335/336 e 349/351), o Ministério Público opinou pelo seu não provimento (fls. 293/296).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral da Justiça opinou, também, pelo não provimento do recurso (fls. 358/360).

É o relatório.

Segundo consta, o requerente apresentou queixa-crime contra L. F. P, É. S., R.C.C. (conhecida como R. A. H.), N. S., B. R. P. V., M. G. P., M. E. V. R. da S. e V. M. V., por alegado cometimento dos crimes de injúria e difamação, previstos nos artigos 139 e 140 do Código Penal, porque, após o dia 01.09.2021, divulgaram e propagaram alegações de que ele teria agredido um aluno infantil,

Acesso ao Sumário

proferindo xingamentos e incitando o ódio e a violência contra ele nas redes sociais.

O Juízo *a quo* rejeitou a queixa-crime, por faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, por entender que a procuração outorgada ao subscritor da queixa padecia de vício, pois não continha a descrição do fato criminoso e não constituiu mandato com poderes especiais, nos termos do artigo 44 do Código de Processo Penal, o que não poderia ser sanado, porquanto transcorrido o prazo decadencial a contar da data do evento.

Em que pesem as razões da apelante, o recurso não pode ser provido, mantendo-se a rejeição da queixa-crime.

De fato, a procuração outorgada pelo Querelante é ampla e genérica, não tendo sido conferidos poderes especiais para fins de propositura da ação privada e oferecimento de queixa-crime, tampouco tendo sido feita qualquer menção ao fato criminoso ou à sua capitulação legal (fls. 09). Nesse contexto, não estão preenchidos os requisitos legais exigidos pelo artigo 44 do Código de Processo Penal.

A propósito, leciona Júlio Fabbrini Mirabete: *"Além de preencher os mesmos requisitos da denúncia (art. 41), a queixa deve ser apresentada pelo ofendido ou seu representante legal mediante procurador com "poderes especiais", ou seja, com instrumento de mandato em que conste cláusula específica a respeito da propositura da ação privada por determinado fato criminoso"* (*in* "Código de Processo Penal Interpretado", 11ª ed., Ed. Atlas, pág. 44, 2008).

Frise-se, por oportuno, que, muito embora o vício formal possa ser sanado a qualquer tempo, nas ações privadas, deve ser observado o prazo decadencial previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal, o qual já havia transcorrido quando proferida a decisão de primeiro grau, sendo inviável, portanto, a regularização do feito.

Sobre o tema: *"Recurso em sentido estrito. Decisão de rejeição da queixa-crime. Calúnia. Procuração que não cumpre os requisitos do art. 44 do CPP. Formalidade não cumprida. Vício não sanado dentro do prazo decadencial. Recurso improvido"* (TJ/SP Recurso em Sentido Estrito nº 1000700-70.2016.8.26.0301, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 03/04/2018)

No mesmo sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça: *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. QUEIXA-CRIME. DELITOS CONTRA A HONRA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 3.º E 926 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VÍCIO DO INSTRUMENTO DE MANDATO NÃO SANADO DENTRO DO PRAZO PREVISTO*

Acesso ao Sumário

NO ART. 38 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECADÊNCIA. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N.º 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. [...] 3. O eventual defeito na representação processual do querelante pode ser corrigido a qualquer tempo, desde que tal providência seja levada a efeito dentro do prazo decadencial previsto no art. 38 do Código de Processo Penal, o que, conforme consignado no aresto atacado, não ocorreu na espécie. 4. Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "estando o acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte, incabível o acolhimento do recurso especial pela divergência, a teor do disposto no enunciado n. 83 da Súmula do STJ" (AgRg nos EDcl no AREsp 260.556/SC, Rel. Min. Marilza Maynard, Desembargadora Convocada do TJ/SE, Quinta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 24/06/2013). 5. Agravo regimental desprovido" (STJ AgRg no REsp n. 1.847.550/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe de 02/06/2020)

Cabe destacar que não há que se falar que o decurso do prazo decadencial seja decorrente de mera morosidade do Judiciário, na medida em que, conforme se observa dos autos, a queixa-crime foi oferecida somente em 28.02.2022, ou seja, poucos dias antes do escoamento do prazo decadencial, perante Juízo incompetente, sendo necessária a redistribuição do feito (fls. 201), tendo o Ministério Público se manifestado e, na sequência, o Juízo *a quo* proferido a decisão, não se vislumbrando qualquer excesso de prazo no trâmite da ação após a propositura da queixa-crime.

No mais, observo que, da simples leitura da queixa-crime, extrai-se que ela também padece de vício, porquanto não preenchidos todos os requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, não houve a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, tendo o Querelante se limitado a dizer que foi vítima de crimes de calúnia e difamação em redes sociais, sequer narrando expressamente em que consistiu a conduta de cada uma das Quereladas, fazendo menção a apenas parte delas, tampouco indicou a data em que os fatos teriam ocorrido, existindo mera referência àquela em que ocorreu o evento que teria motivado a prática dos delitos pelas Quereladas.

Destaca-se, a propósito, que a simples menção ao boletim de ocorrência e aos documentos juntados nos autos não suprem a descrição do fato criminoso, de forma pormenorizada, na queixa-crime.

Nesse sentido:

"Recurso em sentido estrito - Difamação e injúria (arts. 139 e 140, ambos do CP) - Rejeição da queixa crime lastreada no art. 395, I e II, do CPP - Peça inaugural que não menciona as expressões injuriosas e o contexto em

Acesso ao Sumário

que teriam sido proferidas - Inocorrência de dolo específico a caracterizar a difamação, constatando-se simples "animus narrandi" - Rejeição mantida - Recurso não provido." (TJSP - Rel. Ivan Sartori, 4ª Câmara de Direito Criminal, Julgamento: 12.05.2015).

"AÇÃO PENAL PRIVADA - QUEIXA-CRIME - Representação que não descreve o fato criminoso com todas as circunstâncias e classificação do crime - Inépcia à luz do art. 41 do Código de Processo Penal - Imputação vaga do cometimento dos crimes de calúnia, injuria e difamação - Atipicidade em relação ao delito de calúnia por falta de elemento subjetivo - Rejeição da queixa com fundamento nos incisos I e III do art 395 do Código de Processo Penal." (TJSP Rel. José Reynaldo, Órgão Especial, Julgamento: 16.03.2011)

"AÇÃO PENAL - CRIME CONTRA A HONRA - QUEIXA-CRIME - EXPOSIÇÃO DO FATO CRIMINOSO E DAS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS – AUSÊNCIA - ANIMUS NARRANDI - JUSTA CAUSA – NÃO CARACTERIZAÇÃO - QUEIXA-CRIME REJEITADA. 1. Nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, a queixa-crime deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. 2. A falta de justa causa para o exercício da ação penal implica na rejeição da queixa-crime (art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal). Verificado apenas o animus narrandi, ou seja, a intenção de narrar ou relatar um fato, na conduta dos querelados, inviabiliza-se a persecução penal. 3. Queixa-crime rejeitada.

[...]

Verifica-se que a peça acusatória, de forma lacônica, tão-somente indica, na interpretação dada aos fatos pelo Querelante, em que consistiria a suposta ofensa recebida, sem, contudo, discorrer sobre os fatos ditos delituosos e suas circunstâncias.

Ressalta-se, por oportuno, que a referência aos documentos juntados aos autos, que contenham as descrições dos fatos, não supre as exigências do artigo 41 do Código de Processo Penal (ut. APn 302/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 29/03/2010)." (STJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Data de Julgamento: 15/06/2011, Corte Especial)

Assim, diante da manifesta inépcia da queixa-crime e da ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, mantenho sua rejeição.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2217144-03.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário WELLINGTON FERNANDES MEDEIRAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente o pedido revisional. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.663)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, FERNANDO SIMÃO, FREITAS FILHO, REINALDO CINTRA e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 21 de novembro de 2022.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Roubo majorado pelo concurso de agentes e extorsão mediante restrição da liberdade das vítimas – Condenação bem alicerçada nas provas coligidas – Contrariedade à evidência dos autos ou ao texto expresso de lei não verificada – Reconhecimento pessoal perpetrado na fase policial – Declarações das vítimas coesas e harmônicas – Mudança de versão em juízo, que carece de credibilidade – Depoimentos dos policiais militares e delegado de polícia que corroboram a versão apresentada na fase investigativa – Pena e regime prisional bem fixados – Manutenção do "decisum" – Ação revisional improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de revisão criminal proposta por **Wellington Fernandes Medeiras**, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, contra o v. acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Criminal nos autos nº 0009286-18.2015.8.26.0635 (fls. 45/59), que negou provimento ao recurso defensivo e manteve a condenação do peticionário como incurso **no artigo 157, §2º, inciso II e no artigo 158, §3º, na forma do artigo 70, *caput*, todos do**

Código Penal, ao cumprimento da pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 15 dias-multa, no piso.

O v. acórdão transitou em julgado em 28.03.2018 para o Ministério Público e em 27.03.2018 para a defesa (fls. 60).

O peticionário busca a desconstituição do julgado alegando a insuficiência probatória. Em caráter subsidiário, pretende o redimensionamento da pena e o abrandamento do regime prisional (fls. 01/17).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência da ação revisional (fls. 70/77).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, cabe pontuar que a revisão criminal é medida excepcional, que só se justifica diante de vícios flagrantes, à luz das hipóteses taxativas de cabimento elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que decisão *"contrária à evidência dos autos"* (artigo 621, I, "in fine", do Código de Processo Penal) é aquela que não encontra respaldo em nenhum elemento probatório.

A propósito, o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que *"o escopo restrito da revisão criminal, ajuizada com fundamento no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pressupõe condenação sem qualquer lastro probatório, o que não confunde com a mera fragilidade probatória"* (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.098.797/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

Dito isso, a presente revisão criminal sequer comportaria conhecimento, pois, de uma mera leitura do v. acórdão, percebe-se que a condenação do peticionário está devidamente alicerçada nas provas coligidas e no texto da lei penal, não se olvidando que não foi apresentada nenhuma informação adicional a modificar a conclusão alcançada. Nada obstante, de modo a prestigiar as garantias constitucionais da ampla defesa e do acesso à Justiça, proceder-se-á à análise do mérito.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que no dia 07 de dezembro de 2015, o peticionário WELLINGTON FERNANDES MEDEIRA e os corréus BRUNO FRANCISCO DE SOUZA, CAIO HENRIQUE SANTOS DE VASCONCELOS, GERBERSON DA SILVA SANTOS, JHONATAN CORREA COSTA DE JESUS, WILLIAM TERTO AZEVEDO, agindo previamente ajustados e com unidade de desígnios com outros indivíduos não identificados, mediante violência e grave ameaça, subtraíram, para proveito comum, um celular pertencente à vítima Carlos A. F. de O. e nas mesmas circunstâncias, constrangeram mediante violência, grave ameaça e com restrição à liberdade das vítimas Carlos A. F. de O.

e Denilson L. dos S., sendo esta condição necessária para a obtenção da vantagem econômica indevida, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, consistente no fornecimento de senhas e cartões para saques em caixas de banco.

Segundo apurado, as vítimas Carlos, Denilson, Fernando e Alef, deixavam um baile funk, por volta das 05h00m, quando foram cercados por um grupo formado por cerca de doze pessoas, dentre elas os réus.

Um indivíduo com uma tatuagem no antebraço acusava as vítimas de terem batido em seu veículo e exigia o custeio do conserto. Ato contínuo, os agentes passaram a agredir as vítimas, sendo que Fernando, Alef e Carlos conseguiram fugir do local. No entanto, Carlos, que estava com a chave do veículo Fiat Palio pertencente à Fernando, ao perceber que a vítima Denilson estava sendo agredida pelo grupo, voltou para ajudar o amigo, sendo também agredida.

Na sequência, o indivíduo com a tatuagem no antebraço subtraiu o aparelho celular de Carlos e exigiu que ele acompanhasse outros dois indivíduos, fornecendo-lhes a senha de seus cartões bancários, para efetuarem saques, informando que caso não voltassem com o dinheiro, a vítima Denilson seria espancada até a morte.

A bordo do veículo Fiat Palio, os agentes circularam com a vítima Carlos e restringiram sua liberdade por tempo considerável, antes de ser dirigirem às agências bancárias. Em dado momento, os agentes pararam em um posto de gasolina e a vítima Carlos conseguiu escapar e pedir ajuda em uma base policial existente nas proximidades.

A vítima Carlos e os policiais passaram a procurar pelos agentes pela região. A vítima Denilson permaneceu sob o poder do grupo e foi severamente agredida, mas também conseguiu fugir, sendo ajudada por uma moradora da região. Em seguida, Denilson foi socorrido pelos policiais que estavam na viatura com a vítima Carlos. Pouco tempo depois, os réus foram encontrados caminhando pelas cercanias e reconhecidos pelas vítimas.

Diferentemente do que suscitou a Defesa, a materialidade e a autoria dos delitos restaram demonstradas de forma clara e irrefutável, encontrando-se o v. acórdão em conformidade com as provas constantes dos autos.

O peticionário, em solo policial, se limitou a negar os fatos, optando por dar sua versão apenas em juízo (fls. 21/26). Em juízo, voltou a negar a prática delitiva, dizendo, no essencial, que saiu do baile funk e foi tomar café com os amigos (corréus), momento em que foram abordados pelos policiais militares.

Todavia, a negativa restou isolada diante da prova amealhada, a qual foi minuciosamente analisada e bem ampara a responsabilidade penal do peticionário.

Em solo policial, as vítimas Fernando, Alef, Carlos e Denilson, narraram

Acesso ao Sumário

de forma detalhada e coesa, a empreitada criminosa, confirmando os termos descritos na denúncia. Relataram que estavam em um baile funk e saíram por volta das 05h00, momento em que foram abordados por cerca de 12 pessoas, as quais diziam que haviam batido no veículo pertencente a eles e que as vítimas deveriam custear o conserto, exigindo dinheiro. As vítimas negaram a ocorrência de qualquer batida no automóvel dos indivíduos. Os agentes então passaram a agredi-las. As vítimas Fernando e Alef conseguiram fugir, permanecendo no local as vítimas Carlos e Denilson. A vítima Carlos foi obrigada a acompanhar dois agentes no veículo da vítima Fernando (Fiat Palio) para efetuar saque no caixa eletrônico, enquanto a vítima Denilson permaneceria com os demais agentes, sob a ameaça de que seria morta caso não voltassem com o dinheiro. Quando os agentes pararam em um posto de gasolina, Carlos conseguiu fugir e pedir ajuda aos policiais. Saíram em patrulhamento e encontraram a vítima Denilson pelo caminho, que também tinha conseguido escapar e embarcou na viatura. Em seguida, encontraram um grupo de pessoas, que apontaram aos policiais como sendo seus algozes. A vítima Carlos mencionou que o indivíduo mais violento (com uma tatuagem no antebraço, que subtraiu seu celular e era um dos ocupantes do Fiat Palio), não estava entre aqueles capturados. A vítima Denilson também mencionou que os dois indivíduos que saíram com Carlos, não foram localizados (fls. 11/20 dos autos principais).

Na fase policial, a vítima Fernando reconheceu os réus Caio, Willian, Bruno, Jhonatan e Geberson; a vítima Alef reconheceu os réus Jhonantan e Geberson; a vítima Carlos reconheceu os réus Caio, Willian e Bruno; e a vítima Denilson reconheceu os réus todos os réus Caio, Wellington, Willian, Bruno, Jhonantan e Geberson.

Em juízo, porém, as vítimas não reconheceram nenhum dos réus e mudaram a versão apresentada na fase investigativa, passando a alegar que não se recordavam muito bem dos fatos e que haviam ingerido bebida alcoólica.

A vítima Fernando declarou que *"estavam no 'fluxo'. Que, é uma balada de rua, e que quando vieram embora houve uma confusão, um 'empurra- empurra'. Que, ele e o Alef saíram correndo. Que, não ficou no local e correu. Que, levaram o carro dele. Que, não se recorda direito dos fatos. Que, encontraram o carro no Posto. Que, não conversaram com os réus. Que, disse que não foi procurado pelo advogado dos réus em nenhum momento. Confirmou a declaração prestada na delegacia de polícia"*.

A vítima Alef declarou *"que não se recordava dos fatos. Que, não reconheceu as pessoas na sala de reconhecimento. Confirmou as declarações de f. 15. Que, estava bêbado e nervoso. Disse que não reconheceu ninguém na Delegacia e lido o termo de declarações na delegacia de polícia, disse que apenas reconheceu os réus pelas roupas. Que, correu e estava nervoso não tendo condição de reconhecer os indivíduos"*.

Acesso ao Sumário

A vítima Carlos declarou que os indivíduos *"que o levaram para o posto estão soltos porque os viu no 'fluxo'. Que, reconheceu na delegacia de polícia porque havia bebido e havia 01 (um) dos indivíduos no meio parecido, mas que não era ele. Que, viu o menino que estava no Pálio, e assim, foi procurar o Dr. Bruno porque os réus não têm nada a ver com os fatos. Que, não foi procurado pelo advogado dos réus. Que, o menino abriu a porta do carro e bateu no carro dos indivíduos, e que eles queriam eles pagassem, mas que não tinha feito nada no carro deles. Que, disse que aos indivíduos que iria pagar os danos, mas eles não quiseram e disseram que iriam levar o carro embora e ir no banco para sacar dinheiro para eles. Que, eles foram dirigindo o carro. Que, o Denilson ficou com eles. Que, foi com eles, e que eles subtraíram o celular e carro. Que, brigaram dentro do Posto e eles correram. Que, ele ficou sozinho com o carro. Que, eles queriam levar o carro e fazer saque no banco, dizendo que se ele não pagasse, eles eram bandidos e iriam matá-lo. Que, viu os indivíduos no fluxo depois, mas não conseguiu alcançá-los. Que, ficou 30 (trinta) minutos no carro. Que, o baile funk acabou por volta das 5h30 ou 6h00, e ele foi ouvido por volta das 12h00 na delegacia de polícia".*

A vítima Denilson declarou que *"estava no baile, e a porta do veículo encostou em outro carro, eles desceram e havia mais de vinte 'caras' que queriam levar o carro. Que, houve uma briga, e ficou apenas ele e Carlos com eles. Que, subtraíram o celular de Carlos. Que, levaram o carro com o Carlos dentro. Que, ele ficou na Pracinha da mesma rua. Que, levaram Carlos para um posto. Que, pediram a senha para Carlos. Que, não sabe por que Carlos procurou o advogado, sendo que posteriormente eles marcaram uma reunião com o advogado no fórum. Que, não reconhece ninguém na delegacia de polícia. Que, Carlo ficou sozinho com dois no carro, enquanto ele ficou na pracinha. Que, depois que Carlos foi levado, foi espancado por mais de 06 (seis) pessoas e foi ajudado por (01) mulher. Indagado sobre o reconhecimento na Delegacia de Polícia, disse que, 'não dá 100%... que reconheceu por causa da blusa e do boné, e os outros pela tatuagem. Que, agora não reconhece nenhum deles. Que, passado uma ou duas semanas foram para o mesmo baile, e Carlos citou um menino, com outros moleques, e eram os mesmos moleques. Que, tentou detê-los, mas não conseguiram. Que, viu os moleques que fizeram isso com ele, e eles estavam soltos, por isso procurou o Dr. Bruno. Que, quanto a Delegacia de polícia, não se recorda bem sobre os fatos, porque estava sob os efeitos de bebida alcoólica".*

Pelo relato das vítimas fica claro que elas frequentam o mesmo "fluxo" (baile funk) que os réus. Também é dos autos que não foram capturados todos os envolvidos na empreitada criminosa, especialmente os indivíduos que privaram a liberdade da vítima Carlos, obrigando-a ingressar no automóvel Fiat Palio. Nota-se que a aludida vítima relatou que após os fatos, avistou estes indivíduos

Acesso ao Sumário

no baile funk, o que torna compreensível a mudança de versão dos ofendidos, até porque um deles foi indicado como sendo "o mais violento" do grupo.

Com bem destacou o v. acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Sérgio Coelho, as vítimas, em juízo, prestaram declarações nada convincente e como é cediço *"muitas vezes a vítima de um crime - sobretudo aqueles que envolvem grave ameaça e violência -, reconhece sem qualquer hesitação o autor do delito na polícia, mas, depois, quando chamada para renovar o reconhecimento em Juízo, procura retratar-se, pelo receio de possíveis represálias e do temor de, novamente, ficar na presença de seu algoz, o que, frise-se, é perfeitamente compreensível e justificável"* (fls. 52).

Acresça-se que a forma pela qual as vítimas se retrataram também infirma a credibilidade da versão judicial apresentada. Neste ponto, oportuno registrar a escorreita conclusão externada pela i. Magistrada sentenciante:

> *"(...) Há indícios de que as vítimas tenham sido procuradas pelo advogado dos réus, cujo teor da conversa jamais chegará ao conhecimento deste juízo; o que todavia, de certo modo fragiliza a força probatória das declarações prestadas.*
>
> *Com efeito, o advogado do réu Dr. Fábio antes da realização de audiência de instrução e julgamento despachou com esta juíza, afirmando que tinha notícias de que as vítimas haviam mudado o reconhecimento feito na delegacia de polícia, oportunidade em que se fazia* ***acompanhado do Dr. Bruno, o qual não se apresentou como advogado das vítimas.***
>
> *Na audiência de instrução, a aproximação do advogado dos réus em relação às vítimas foi questionada por esta magistrada durante as declarações da vítima Fernando (gravação audiovisual).*
>
> *Ocorre que, nesta oportunidade* ***o advogado Dr. Bruno Inácio Borges de Queiroz*** *esclareceu que, é advogado da vítima Carlos antes do ocorrido e disse que Carlos ligou para ele, dizendo que reconheceu a pessoa que o roubou no 'fluxo'. Que, combinou com as vítimas para vir ao Fórum para ver o que estava ocorrendo. Que, veio ao Cartório, e efetuou pesquisa em nome da vítima. Assim,* ***que pelo cartório é que descobriu o nome do advogado Defensor, que seria o Dr. Fábio. Que, pegou o número da OAB e ligou para ele, e vieram despachar com essa magistrada*** *(audiovisual das declarações de Fernando, tempo do vídeo 4:28).*
>
> *Destaca-se que, esta juíza deixou claro que na oportunidade em que o advogado veio despachar, apenas o advogado dos réus se apresentou, dizendo que tinha informações de que as vítimas não haviam reconhecido os réus, sendo então recomendado que peticionassem nos autos ou procurassem a autoridade policial.*
>
> *Ocorre que, em razão dos advogados se dizerem pessoas desconheci-*

Acesso ao Sumário

das durante a audiência, e já terem despachado com esta magistrada em oportunidade anterior, sem nada mencionar serem advogados de vítima e de réus, distintamente, resolvi por bem realizar pesquisa no google em nome dos advogados.

Em pesquisa realizada na internet, as quais são juntadas nesta oportunidade, constatei que o Dr. Bruno Inácio Borges De Queiroz (OAB 327828 SP) e Dr. Fábio Robert Lacerda (OAB 363490/SP) foram intimados conjuntamente em pelo menos dois processos: a-) o de número 0000126-45.2015.8.26.0545, perante a 3ª Vara Criminal de Atibaia, sendo que a publicação deste feito se deu em 22/06/2015, portanto, em data anterior aos fatos narrados na denúncia (dia 07 de dezembro de 2015); ***indicando a relação profissional prévia dos advogados****; b-) processo n 1004266-70.2015.8.26.0007, junto à 1ª Vara de Família e Sucessões, havendo publicações de movimentação do processo datada de 18/08/15.*

Assim, embora a existência de indícios de que os advogados de réus e vítimas sejam profissionais que já se conheciam e atuam conjuntamente em processos cível e criminal, não comprove que eles tenham de certo modo influenciado nas declarações das vítimas, certo é que ***este fato incute dúvidas quanto a verossimilhança das declarações prestadas quanto ao não reconhecimento dos réus em juízo*** *(fls. 31/32).*

Não bastasse, as declarações das vítimas e o reconhecimento pessoal efetivados na fase investigativa foram corroborados pelos depoimentos dos policiais militares e do delegado de polícia.

O policial militar C. A. G. dos S. confirmou, em juízo, que a vítima Carlos chegou à base da polícia militar dizendo que havia apanhado no baile funk, teve o carro subtraído e havia sido levado para efetuar saques, mas conseguiu fugir. Disse que dois amigos conseguiram fugir, mas outro havia ficado como refém. Saíram à procura do amigo de Carlos e conseguiram localizá-lo, o qual estava muito machucado e relatou que havia sido espancado, e uma moça o salvou. Esta vítima também foi colocada na viatura. Saíram à procura das outras duas vítimas e entraram nas ruas do sítio Conceição. Quando entraram na via, dois indivíduos correram, sendo que Carlos e seu amigo **apontaram os réus como coautores dos crimes, apontando-os como sendo seus agressores. As vítimas disseram que tinham certeza de que os seis indivíduos que estavam na esquina eram os coautores dos fatos**, sendo que outros dois correram. Carlos e o amigo estavam sob efeito de álcool, **mas não estavam com andar cambaleante ou fala descoordenada. As vítimas afirmaram várias vezes que eram os réus os autores dos crimes.**

Com o mesmo teor, essencialmente, o depoimento judicial do policial militar A. E. L.V., o qual acrescentou que as vítimas indicaram oito rapazes

Acesso ao Sumário

como autores dos crimes, sendo que dois fugiram e seis foram detidos. As vítimas disseram que tinham bebido, mas **estavam conscientes e tinham fala coordenada.**

O delegado de polícia A. H. dos S. relatou que a Polícia Militar apresentou, inicialmente, duas vítimas, uma delas machucada, que foi levada ao Pronto Socorro. As vítimas estavam embriagadas, **mas não ao ponto de afetar a consciência delas, porque elas tinham uma fala coordenada,** destacando que a ocorrência demorou a ser finalizada que o reconhecimento foi feito ao final, quando as outras duas vítimas se apresentaram na delegacia de polícia, o que pode ter colaborado para que o efeito do álcool passasse. Disse que o reconhecimento feito pelas vítimas era crível, sendo pedido a elas que olhassem por mais de uma vez para os indiciados, e elas **confirmaram por várias vezes que eram eles, tinham certeza de que eram eles. Todas as vítimas deram a mesma versão que consta da denúncia.** Os réus confessaram que estavam no baile funk, mas negaram a prática do crime.

Nota-se que os policiais ouvidos durante a instrução, prestaram depoimentos sólidos, coesos e harmônicos, ratificando a versão dos fatos trazida na exordial acusatória.

Frise-se não haver nada nos autos que desabone as palavras dos policiais acerca dos fatos, não existindo qualquer indício de eventual incriminação falsa ou leviana.

Com efeito, a jurisprudência já assentou que os depoimentos dos policiais se revestem de fé pública e, assim, merecem credibilidade como elementos de convicção. Vale dizer, trata-se de meio de prova idôneo, mormente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade dos agentes públicos, na esteira do que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> **"Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.** (AgRg no HC 675.003/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021).

Como se vê, a condenação do peticionário está devidamente alicerçada nas provas coligidas, as quais demonstram que o peticionário, na companhia dos corréus e de terceiros não identificados, praticou o crime de roubo majorado e o de extorsão qualificada, de modo que o v. aresto não pode ser reputado contrário à evidência dos autos ou ao texto expresso de lei, não se olvidando que é incabível a pretensão de reanálise aprofundada do conjunto probatório que levou à

Acesso ao Sumário

condenação do peticionário no âmbito da revisão criminal, sobretudo porque não foram produzidas novas provas de modo a evidenciar a sua inocência.

Como é cediço, a revisão criminal não se presta à mera rediscussão do conjunto probatório que levou à condenação do acusado, como se se tratasse de um "terceiro juízo de aferição da causa" ou "terceira instância de julgamento". Trata-se de tema pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO CABIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. **Não é cabível revisão criminal utilizada como nova apelação, visando ao mero reexame de fatos e provas, sem a demonstração de ofensa a texto expresso da lei penal ou de contrariedade à evidência dos autos (art. 621, I, do CPP)** (AgRg no HC 615.767/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021)

No mesmo sentido, precedentes deste Colendo 4º Grupo de Direito Criminal:

> **"Como é sabido e ressabido, a revisão criminal não se presta a reavaliar a prova produzida no processo, visto não se tratar de recurso, mas ação penal constitutiva de natureza complementar, bastando assim que se verifique se a decisão condenatória foi alicerçada em alguns dos elementos de convicção contidos nos autos.** (...) O objetivo da revisão criminal não é permitir um "terceiro juízo de aferição da causa" ou uma "terceira instância" de julgamento, mas sim proporcionar ao acusado uma garantia de revisão de sua condenação, em casos de erro judiciário. Cabe salientar que tal erro não ocorre quando o juiz ou a turma julgadora apenas dá uma interpretação às provas de forma contrária à pretensão do acusado, porém aceitável e ponderada de acordo com o comprovado pelos elementos probatórios" (Revisão Criminal 0032332-25.2020.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Ribas; Órgão Julgador: 4º Grupo de Direito Criminal; Foro de Botucatu - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/06/2022; Data de Registro: 21/06/2022) g.n.
>
> "Em sede de revisão criminal, **não cabe discutir se a prova era suficiente ou insuficiente ao reconhecimento da culpabilidade do réu, mas tão somente verificar se a condenação foi contrária à evidência dos autos.** Em outras palavras, se se está diante de uma decisão condenatória sem suporte em qualquer prova, sem arrimo em nenhum elemento de convicção" (Revisão Criminal 2270861-61.2021.8.26.0000; Relator (a):

Acesso ao Sumário

Freitas Filho; Órgão Julgador: 4º Grupo de Direito Criminal; Foro de Jales - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/03/2022; Data de Registro: 24/03/2022) g.n.

"A revisão criminal **não se presta ao reexame da prova já produzida e analisada, e tampouco à rediscussão das penas impostas, descabendo também a mera reabertura de debates já levados a efeito no âmbito de ação penal transitada em julgado.** O seu limite de cognição é bastante restrito, constituindo-se em recurso de fundamentação vinculada, não sendo o escopo da ação revisional o de permitir uma terceira instância de reexame das pretensões deduzidas" (Revisão Criminal 0026283-65.2020.8.26.0000; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 4º Grupo de Direito Criminal; Foro de Diadema - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/03/2022; Data de Registro: 15/03/2022) g.n.

A reprimenda observou os parâmetros legais e foi fixada de forma justa e proporcional, inexistindo qualquer erro que justifique alteração.

Na primeira fase, as penas de ambos os delitos foram estabelecidas no mínimo legal: a) 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa em relação ao delito de roubo; b) 06 (seis) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa em relação ao delito de extorsão qualificada.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as penas permaneceram inalteradas.

Na terceira fase, incidiu a causa de aumento do concurso de agentes, com aumento das penas em 1/3, atingindo o patamar definitivo de: a) 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, em relação ao delito de roubo; b) 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, em relação ao delito de extorsão qualificada.

Diante do concurso formal de crimes, a pena mais grave fixada para o delito de extorsão foi acrescida de 1/6, nos termos do artigo 70, do Código Penal, resultando na pena final de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso.

Acesso ao Sumário

Salienta-se que a revisão da dosimetria só é admitida quando, após a sentença, forem descobertas novas provas que autorizem o redimensionamento da pena ou na hipótese de flagrante ilegalidade, sendo vedada a rediscussão dos critérios do julgador, tal como vem decidindo o Col. Superior Tribunal de Justiça:

"Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, em relação à dosimetria da pena, a revisão criminal tem cabimento restrito, apenas admitida quando, após a sentença, forem descobertas novas provas que demonstrem eventual equívoco do juízo sentenciante, ou na ocorrência de flagrante ilegalidade. Destarte, **a revisão não pode ser utilizada como se apelação (ou recurso especial) fosse, para rediscutir, minuciosamente**

e à luz dos mesmos elementos probatórios, as circunstâncias que já foram valoradas no processo originário" (AgRg no REsp 1805996/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021).

A fixação do regime inicial fechado, outrossim, revelou-se adequada, tendo em vista a gravidade concreta dos crimes e o "quantum" de pena (artigo 33, §2º, "a" do Código Penal).

Desse modo, inadmissível a rescisão do julgado sob qualquer aspecto.

De todo o exposto, pelo meu voto, **julgo improcedente** a revisão criminal proposta por **Wellington Fernandes Medeiras**, mantendo-se, na íntegra, o v. Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0034495-41.2021.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é peticionário A. E. V..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.457)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO ABDALLA (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, MACHADO DE ANDRADE, GERALDO WOHLERS, CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, ZORZI ROCHA, FARTO SALLES e RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Estupro de vulnerável com causa de aumento, em continuidade delitiva. Peticionário que busca unicamente a redução da pena -base, bem como a redução da fração relacionada à continuidade delitiva. Pena que não comporta reparo algum. Pena-base devidamente majorada de 1/3, em razão da dinâmica dos fatos, da personalidade negativa do requerente e dos danos psicológicos provocados à vítima, com 8 anos de idade à época dos fatos. Fração de 1/3 pela continuidade delitiva bem fixada, uma vez que os ilícitos ocorreram entre janeiro e agosto de

Acesso ao Sumário

2014, a justificar a exasperação. Inexistência de vício na formação da pena, a autorizar o reexame perseguido. Regime inicial fechado adequado. Pedido revisional indeferido.

VOTO

Trata-se de pedido de **REVISÃO CRIMINAL** apresentado por **A.E.V.**, com lastro no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Afirma o peticionário que o aumento na pena-base se revelou desproporcional. Aduz que é primário, possuidor de bons antecedentes e que sua conduta não se revestiu de especial gravidade nem extrapolou os elementos inerentes ao crime. Afirma que o argumento de que o delito foi cometido repetidas vezes não pode ensejar o aumento, uma vez que foi reconhecida a continuidade delitiva, pena de se configurar *bis in idem*. Requer, então, a fixação da base no piso ou o aumento na fração de 1/6. Postula, ainda, a exasperação de 1/6 pela continuidade delitiva, uma vez que a denúncia não descreveu o número de infrações penais (páginas 9/17).

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento (páginas 24/28).

É o relatório.

O pleito está centrado, unicamente, na redução da reprimenda.

O peticionário foi denunciado pelo delito de estupro de vulnerável com causa de aumento, em continuidade delitiva (páginas 27/28 dos autos principais). Isso porque, entre os meses de janeiro e agosto de 2014, em horários não esclarecidos, na Rua (...), **A.E.V.**, por diversas vezes e de forma continuada, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua enteada, Y.C.F.B., menor de 14 anos de idade.

Conforme apurado, o requerente era padrasto da vítima e convivia com a genitora dela em união estável, desde que Y.C.F.B. tinha tenra idade. E no decorrer do ano de 2014, tão logo a criança completou 8 anos, **A.E.V.**, por diversas vezes, aproveitando-se do instante em que a genitora ia tomar banho, se despia, tirava as vestes da menor e a obrigava a deitar de bruços, ocasião em que esfregava seu pênis nas nádegas da criança. Em outras ocasiões, o peticionário passava as mãos nas pernas da vítima e a beijava na boca. E ainda com o intuito de saciar sua lascívia, aproveitando-se do momento em que levava a ofendida à escola, **A.E.V.** acariciava as pernas dela no trajeto.

Continua a exordial ao relatar que o requerente passou a exigir que a criança praticasse com ele sexo oral e o beijasse de língua, o que não foi consentido pela vítima. E embora pedisse ao peticionário para cessar os abusos, ele a ameaçava, dizendo que a mataria e que acusaria o genitor dela pelos abusos

Acesso ao Sumário

narrados.

Após regular instrução, **o peticionário foi absolvido da imputação de ter praticado o crime do artigo 217-A, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do C. P. Penal (páginas 215/223)**. Inconformado, o Ministério Público apelou, tendo **a C. 8ª Câmara de Direito Criminal desta Corte dado provimento ao recurso, para o fim de condenar A.E.V. como incurso no artigo 217-A, c.c. artigo 226, inciso II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, às penas de 21 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado** (páginas 275/290).

A defesa, a esta altura, não se insurge contra a condenação, pretendendo unicamente a redução da pena fixada por este E. Tribunal de Justiça.

A pena, todavia, não comporta reparo.

A pena-base foi majorada de 1/3, por conta da dinâmica dos fatos e da personalidade negativa do réu, danosa ao convívio social, e comprovada pelos relatos da vítima acerca dos fatos. Saliente-se que a menção, nessa fase da dosimetria, ao fato de os ilícitos terem ocorrido repetidamente buscou tão somente enfatizar que a repetição das condutas evidentemente provocou danos psicológicos à vítima, com apenas 8 anos de idade à época, não havendo, portanto, se falar em *bis in idem*. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes. A seguir, tendo em vista que o requerente era padrasto da ofendida, a reprimenda foi aumentada de 1/2 pela majorante do artigo 226, inciso II, do Código Penal e ficou em 16 anos de reclusão.

E reconhecida a continuidade delitiva, embora o v. acórdão não tenha mencionado expressamente a quantidade de ilícitos praticados, depreende-se pelos depoimentos da vítima que ocorreram entre os meses de janeiro e agosto de 2014, tendo o peticionário praticado variados atos libidinosos diversos da conjunção carnal, razão pela qual foi bem fixada a fração de 1/3. A pena, então, totalizou **21 anos e 4 meses de reclusão.**

Diante da quantidade de pena, que não pode ser revista sem fundamento claro e importante, somente poderia mesmo ser fixado o regime fechado para início do desconto da pena corporal.

Pelo meu voto, pois, **INDEFIRO** o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0036445-22.2020.8.26.0000, da Comarca de Águas de Lindóia, em que é peticionário GABRIEL DOS SANTOS SOUZA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos deferiram em parte o pedido revisional, apenas para reduzir as penas de Gabriel dos Santos (ou Santo) Souza para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e a 13 (treze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, vencidos os Doutos Desembargadores Grassi Neto, Andrade de Castro e Sérgio Coelho.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.960)**.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA, GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, NELSON FONSECA JÚNIOR, ULYSSES GONÇALVES JUNIOR e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 8 de dezembro de 2022.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ROUBO AGRAVADO – EMPREGO DE ARMA – CONCURSO DE AGENTES – DESCONSTITUIÇÃO DA R. SOLUÇÃO CONDENATÓRIA INCABÍVEL – SOLUÇÃO ADOTADA NÃO É CONTRÁRIA A TEXTO EXPRESSO DE LEI OU À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – PENAS – REDUÇÃO, POR MAIORIA DE VOTOS – REGIME FECHADO COMPATÍVEL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA ILÍCITA EM TELA E COM A CONDIÇÃO PESSOAL DO ACUSADO – PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO, POR MAIORIA DE VOTOS.

VOTO

Vistos.

Gabriel dos Santos (ou Santo) Souza foi criminalmente processado e condenado perante o R. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Águas de Lindóia, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Cód. Penal, a 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a 15 (quinze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 153/157, do Proc. Crime).

As partes não apelaram.

A r. sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, em 22/07/2008, e para a defesa, em 29/07/2008 (fl. 170, do Proc. Crime).

Acesso ao Sumário

Pugna, sem novas provas, pela absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória (fls. 9/17).

Pleiteia, subsidiariamente, a redução do índice de majoração das causas de aumento de pena relativas ao emprego de arma e ao concurso de agentes, bem como a fixação de regime inicial mais brando para o cumprimento da sanção corporal.

Apensados os autos principais, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 20/25).

É, em síntese, o relatório.

Conhece-se do presente pedido revisional, que, por maioria de votos, deve ser parcialmente deferido, apenas para redução das penas.

Importa anotar, de início, que, em sede de revisão criminal, na ausência de fato novo ou teratologia flagrante, como no caso em tela, incabível alteração do julgamento do feito por nova análise do conjunto probatório.

Ficou demonstrado, estreme de dúvida, que, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, o peticionário e o adolescente C.H.L., agindo em concurso e mediante grave ameaça exercida mediante o emprego de arma de fogo, subtraíram, para si, a motocicleta Honda/Biz, pertencente a uma amiga da sobrinha da vítima R.M.

O acusado e C.H.L. dirigiram-se até a residência da vítima, oportunidade em que o peticionário, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, anunciou o assalto, praticou a subtração e empreendeu fuga.

Durante a ação, a fim de lograr êxito na empreitada criminosa, o adolescente C.H.L. permaneceu vigiando na porta da residência do ofendido.

Momentos após a ação delitiva, o acusado e o adolescente foram surpreendidos por policiais militares.

O acusado foi preso em flagrante.

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações da vítima R.M. (fls. 7 e 98/106, ambas do Proc. Crime) e pelos testemunhos dos policiais militares Santiago Motta Silva (fls. 4 e 107/111, ambas do Proc. Crime) e Gustavo Pereira Leite (fls. 6 e 112/116, ambas do Proc. Crime).

Nada há a infirmar a prova oral da acusação ou a indicar, por parte da vítima e das testemunhas, qualquer motivo para, indevidamente, prejudicar o peticionário.

No que tange a versão exculpatória apresentada pelo peticionário, em juízo (fls. 64/65, do Proc. Crime), após sugestivo silêncio na fase extrajudicial da persecução penal (fl. 8, do Proc. Crime), no sentido de que apenas teria pego a moto, mas não teria utilizado a arma, que não funcionava, apesar de estar com

Acesso ao Sumário

ela, porque isolada e afastada, com segurança, pelo conjunto probatório, não merece credibilidade.

Importa considerar, neste aspecto, que o laudo pericial de fls. 48/50, do Proc. Crime, constatou que a arma podia ter sido eficazmente utilizada na realização de disparo.

No que tange à materialidade delitiva, a teor do art. 167, do Cód. de Proc. Penal, está demonstrada pela suficiente prova oral, bem como pelo auto de exibição e apreensão (fl. 14, do Proc. Crime), laudo pericial da arma (fls. 48/50, do Proc. Crime) e laudo pericial das munições (fls. 79/80, do Proc. Crime).

Como se vê, não há como se reconhecer que a r. solução condenatória foi, manifestamente, contrária à texto expresso de lei ou à evidência dos autos.

No que se refere à dosimetria das penas aplicadas, por maioria de votos, merece reparo.

Impõe-se a redução das penas-base aos mínimos legais, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pois o acusado é tecnicamente primário, na medida em que a certidão criminal de fl. 135, do Proc. Crime, não indica a ocorrência do trânsito em julgado para o réu.

Neste aspecto, é o enunciado na Súmula 444, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A seguir, houve a compensação entre a circunstância agravante da reincidência (fl. 136, do Proc. Crime) com a circunstância atenuante da confissão, que, ante a ausência de insurgência ministerial restou incontroversa e deve prevalecer.

Impõe-se, ainda, por maioria de votos, reduzir a majoração de 3/8 (três oitavos) para 1/3 (um terço), concernente às causas especiais de aumento de pena relativas ao emprego de arma e concurso de agentes, cujo reconhecimento encontra seguro apoio nos autos, índice que se apresenta como compatível com a motivação deduzida na r. sentença recorrida, vencidos, neste aspecto, os Doutos Desembargadores Grassi Neto, Andrade de Castro e Sérgio Coelho, que mantinham o índice aplicado na r. sentença..

Acesso ao Sumário

Importa considerar, neste aspecto, que o entendimento perfilhado pelo Douto Desembargador Grassi Neto, e seguido pelos Doutos Desembargadores Andrade de Castro e Sérgio Coelho, é no sentido de que os fatos teriam ocorrido antes da reforma de abril de 2018, e, através da leitura do art. 157, § 2º, do Cód. Penal, permite-se concluir que o rol elaborado pelo legislador se refere a situações de natureza eminentemente objetiva, cuja análise pelo Magistrado deve limitar-se simplesmente à verificação de sua efetiva ocorrência ou não. Cuida-se, pois, de conjuntura na qual as avaliações quantitativa e qualificativa da conduta do agente acabam por se confundirem entre si.

Assim sendo, ao aplicar-se a elevação progressiva em razão do número

de causas de aumento existentes, não se estaria adotando a teoria da responsabilidade objetiva. Consoante mencionado critério, ressalvada a existência de fundamentação específica justificando a adoção de percentual superior de majoração, a pena deve, aplicada a legislação mais benevolente da época dos fatos, restar acrescida na seguinte proporção: na hipótese de estar presente apenas uma delas, o acréscimo deverá ser de 1/3; em havendo duas, a elevação deve ser de 3/8; na existência de três causas, a pena deve ser majorada em 5/12; caso sejam constatadas quatro majorantes, o aumento deve ser de 11/24; nos casos em que, por fim concorrerem todas as hipóteses constantes dos incisos relacionados no § 2º, do art. 157, do Cód. Penal, deve incidir o percentual máximo de ½.

As penas do peticionário passam a perfazer, portanto, por maioria de votos, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, bem como por insuficiência para fins de reprovação penal.

Não é demais anotar, de qualquer forma, que o *quantum* das penas aplicadas impede a substituição.

Por derradeiro, impõe-se a manutenção da fixação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão das circunstâncias da prática ilícita em tela, bem como da condição pessoal do acusado.

Face ao exposto, por maioria de votos, defere-se em parte o pedido revisional, apenas para reduzir as penas de Gabriel dos Santos (ou Santo) Souza para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e a 13 (treze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, mantida, quanto ao mais, a r. solução condenatória, vencidos os Doutos Desembargadores Grassi Neto, Andrade de Castro e Sérgio Coelho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2172776-06.2022.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é peticionário VITOR BARBOSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE a presente revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35325)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente), LEME GARCIA, GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, BUENO DE CAMARGO, POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 12 de dezembro de 2022.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. Pretensa absolvição ou desclassificação para o crime de porte ilegal de arma de fogo. Provas produzidas em consonância com o decreto condenatório. Agente que fornece a arma de fogo para ser utilizada no crime patrimonial. Teses já analisadas e refutadas na r. sentença, confirmadas em grau recursal. Evidente pretensão ao reexame da prova. Inviabilidade da utilização do instituto da revisão criminal. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.

VOTO

VITOR BARBOSA foi denunciado, nos autos do processo nº 1500468-22.2019.8.26.0066, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, como incurso nos artigos 157, §3º, inciso II, c.c. o 14, inciso II, e 29, §1º, todos do Código Penal (fls. 186/192 dos autos originários).

Após regular instrução, a denúncia foi julgada procedente para condená-lo a 12 (doze) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 157, §2º, inciso II e §2º-A, inciso I, c.c. o 29, §2º, ambos do Código Penal (fls. 813/840 dos autos originários).

Interposta apelação pela defesa, a Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a reprimenda para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo (fls. 1.266/1.281 dos autos originários).

Rejeitados os embargos de declaração (fls. 1.356/1.360 dos autos originários); admitido, na origem, o recurso especial (fls. 1.401, *idem*), não foi conhecido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 1.465/1.466, *idem*).

O v. acórdão transitou em julgado em 3 de março de 2022 (fls. 1.467/1.471

Acesso ao Sumário

dos autos originários).

Impetrado *Habeas Corpus* perante o Colendo Supremo Tribunal de Federal, foi concedida a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para resgate inicial da reprimenda (fls. 1.558/1.564 dos autos originários).

Agora, ingressa com pedido de revisão, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, alegando, em síntese, que sua condenação contraria a evidência dos autos, pleiteando a absolvição pela alegada insuficiência do conjunto probatório ou, subsidiariamente: i) a desclassificação da conduta para o crime tipificado no artigo 14, da lei 10.826/03.

Processada a ação, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento do pedido revisional (fls. 148/153).

É o relatório.

Os autos demonstram que o requerente, VITOR BARBOSA, concorreu para o crime perpetrado no dia 26 de fevereiro de 2019, fornecendo a arma de fogo utilizada por Nycholas Aparecido dos Reis Silva e Caiom Eduardo da Silva Burghatti os quais, de comum acordo e com unidade de desígnios com agentes não identificados, subtraíram, para eles, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo em face das vítimas Patrícia, Elisângela, Robson, Carlos e Luiz Rafael, a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), um aparelho DVR e 18 (dezoito) quilogramas de cálculo biliar bovino, conhecido como "pedra de boi", com valor estimado em R$ 3.500.000,00 (três milhões e quintos mil reais), pertencentes a Robson Rocha de Carvalho e Márcio Antonio Alves Figueira.

Comprovou-se também que Nycholas e Caiom, objetivando assegurar a detenção das coisas subtraídas, efetuaram, com intenção de matar, disparos de arma de fogo em direção a Carlos Cesar Zendran e Luiz Rafael Martins, apenas não atingindo o resultado desejado em razão da falha de pontaria.

Segundo se comprovou, Nycholas e Caiom, cientes de que no local dos fatos era exercido o comércio de "pedras de boi", mercadoria de alto valor de mercado, planejaram o roubo. Necessitavam, no entanto, de um veículo sem documentação e de uma arma de fogo.

Procuraram o requerente, que se dispôs a auxiliá-los, mediante compensação financeira, fornecendo-lhes a arma de fogo; bem como Caique, que lhes vendeu o veículo Fiat/Pálio EX, placas DBU-1558, com documentação vencida, por R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Contudo, Caique, ciente de que o veículo seria utilizado para fins criminosos, dirigiu-se à delegacia e registrou ocorrência de um furto que sabia não ter acontecido.

Nycholas e Caiom, por sua vez, seguiram com a execução do crime patrimonial que planejaram. Utilizando a arma de fogo fornecida pelo requerente, se dirigiram ao local e subtraíram os bens acima descritos. Quando deixavam

Acesso ao Sumário

o estabelecimento, foram surpreendidos por dois funcionários da empresa que chegavam para trabalhar e, a fim de não sofrer obstáculos na fuga e garantir o proveito do roubo, com intenção de matar as vítimas que adentravam o recinto, efetuaram disparos de arma de fogo em direção a elas, não as atingindo por erro de pontaria. Lograram se evadir a bordo do veículo Fiat/Pálio.

Os bens subtraídos foram comercializados e parte do dinheiro recebido foi depositada na conta bancária de Letícia, namorada de Nycholas, parte mantida em sua residência.

As autorias começaram a ser desvendas a partir das placas do veículo utilizado no crime, anotadas por uma testemunha. Caíque foi ouvido e admitiu ter fornecido o veículo para Nycholas e Caiom.

A partir de informações anônimas e de outras colhidas de pessoas próximas aos investigados descobriu-se que o requerente forneceu a arma utilizada no crime, a qual foi alugada por R$ 3.000,00 (três mil reais). Cumprido mandado de busca e apreensão na sua residência, foi apreendido um revólver calibre 22, compatível com o projétil disparado contra o portão do local dos fatos, arma que também foi reconhecida por uma das vítimas como sendo aquela utilizada no dia dos fatos.

Não há, pois, como acolher a pretensão da defesa.

A despeito da negativa do requerente, que alegou ter assentado pisos na casa de Nycholas, e que por esse serviço ficou lhe devendo R$ 3.000,00, bem como que o termo "fita", utilizado em uma das conversas, se referia a uma dívida de R$ 500,00 referente a um empréstimo, as demais provas produzidas em juízo confirmam sua cooperação no delito.

Ainda que não tenha o requerente atuado diretamente na prática criminosa, atuou de forma a aperfeiçoar o crime, pois forneceu a arma de fogo aos executores sabendo de sua utilização.

O uso da arma de fogo, efetivamente descrito pelas vítimas e localizada mais tarde na residência do requerente, somados as demais provas, é o liame objetivo de envolve os três agentes, conforme dicção dos artigos 29, §2º, do Código Penal

Logo, incabível o pleito absolutório ou de desclassificação para o crime de porte ilegal de arma de fogo.

Com efeito, do exame da r. sentença e do v. acórdão condenatórios se depreende, com facilidade, que se procedeu suficiente análise das provas existentes nos autos do processo criminal, estando o decreto condenatório apoiado em elementos indiciários colhidos na fase inquisitorial, posteriormente corroborados em juízo, não ficando caracterizado o alegado julgamento contrário à evidência dos autos.

O que fez o requerente foi simplesmente questionar a matéria já existente

Acesso ao Sumário

durante a instrução criminal, na tentativa de rever a decisão que o condenou, rediscutindo questões que já foram exaustivamente analisadas pela r. sentença e confirmadas em sede de apelação, o que implica na sua improcedência.

Nesse sentido é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ESTELIONATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. TESES DA DEFESA RECHAÇADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 621, I E II, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS. REPETIÇÃO DE TESES. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. A revisão criminal não é a sede adequada para a reapreciação do conjunto probatório, pela repetição de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva. Sendo assim, não tem cabimento a pretensão de se conferir nova qualificação jurídica aos fatos, com base em suposta ofensa ao art. 621 do Código de Processo Penal, notadamente se a tese defensiva apresentada não se insere nas hipóteses em que se admite revisão criminal, como bem ressaltou o acórdão impugnado. 3. É incontestável que a questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça não se limita à valoração das provas dos autos, pois a sua intenção, na realidade, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido* (AgRg no AREsp 234109/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 17/3/2015). (grifo nosso)

> *PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. CONDENAÇÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é inadmissível a utilização do instituto da revisão criminal como um novo recurso de apelação, de forma a propiciar reanálise da prova já existente dos autos. 2. "A fundamentação baseada apenas na fragilidade das provas produzidas não autoriza o e. Tribunal 'a quo' a proferir juízo absolutório, em sede de revisão criminal, pois esta situação não se identifica com o alcance do disposto no art. 621, inciso I do CPP que exige a demonstração de que a condenação não se fundou em*

Acesso ao Sumário

uma única prova sequer, daí ser, portanto, contrária à *evidencia dos autos" (REsp 988.408/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 25/8/08). 3. Agravo regimental não provido* (AgRg no AREsp 14228/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 28/5/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL, SOB O PRETEXTO DA EXISTÊNCIA DE NOVAS PROVAS. ACÓRDÃO RECORRIDO NO SENTIDO DA INIDONEIDADE DAS NOVAS PROVAS, INAPTAS A DESCONSTITUIR O DECRETO CONDENATÓRIO. REVISÃO CRIMINAL CORRETAMENTE INDEFERIDA. ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE SIMPLES REEXAME DE PROVAS NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Inocorrendo as hipóteses previstas no art. 621 do CPP, a revisão criminal foi corretamente indeferida, não havendo se falar em violação dos artigos 861 a 866 do CPC, art. 3º do CPP, e 386 e 621, I e III, do Código de Processo Penal. 2. Ademais, eventual revisão das conclusões do Tribunal "a quo" seria de todo inviável na presente via recursal, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório, incidindo, na espécie, o Enunciado n. 7 da Súmula/STJ. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 182.175/RJ, Rel. Min. Campos Marques, Quinta Turma, j. em 21/2/2013).

Na mesma senda, precedentes deste Colendo 8º Grupo de Direito Criminal:

Revisão Criminal – Tráfico de drogas – Apreensão de 98g de "cocaína" em 57 microtubos – Alegação de que a decisão foi contrária à prova dos autos – Inadmissibilidade – Reavaliação do conjunto probatório autorizador da condenação – Inexistência de novas provas – A revisão criminal não se presta ao papel de recurso do recurso, a fim de reavaliar as provas que foram amealhadas durante a instrução criminal e que por duas instâncias já foram valoradas – Revisão criminal indeferida (Revisão Criminal nº 0088364-94.2013.8.26.0000, Rel. Des. Borges Pereira, j. em 18/12/2014, v.u.).

REVISÃO CRIMINAL. Conhecimento, pois a alegada insuficiência de provas justifica incursão ao conjunto de demonstrativos para aferir-se se caso de contrariedade à evidência dos autos. Condenação por infringência ao artigo 33, "caput", da Lei 11.343/2006. Inexistência de decisão contrária a texto expresso de lei ou a essa

Acesso ao Sumário

evidência. Absolvição por falta de provas. Inadmissibilidade. Hipótese na qual sólidas as provas de caráter material e da autoria. Ação revisional que não é meio apto à rediscussão correspondente. Ademais, não verificação de erro de fato ou de direito a atingir esse "decisum". Pena e regime corretamente fixados. Portanto, pedido que se julga improcedente (Revisão Criminal nº 0015691-69.2014.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. em 26/02/2015, v.u.).

Revisão criminal. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes. Pedidos que se revestem na intenção de reanálise das provas. Via inadequada. Ausência de prova para a condenação e redução das penas. Impossibilidade. Decisão que deve ser claramente oposta às provas coligidas. Hipótese que não se apresenta nos presentes autos. Mantida a condenação. Indeferimento (Revisão Criminal nº 0202931-41.2013.8.26.0000, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, j. em 26/03/2015, v.u.).

REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE NTORPECENTES – Pedido de absolvição por decisão contrária à evidência dos autos – IMPOSSIBILIDADE – Preliminar de nulidade afastada – Condenação que considerou toda a prova produzida nos autos – Ausência de prova nova – Regime adequado – Condenação mantida nos termos da sentença e do acórdão – Revisão Criminal não pode ser usada como segunda apelação ou mesmo para mero revolvimento do conjunto probatório – Recurso indeferido (Revisão Criminal nº 0166647-34.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. em 24/03/2015, v.u.).

Não há falar, portanto, em julgamento contrário à evidência dos autos. A pretensão em exame, no ponto e no rigor dos princípios, sequer se amolda às hipóteses taxativas do artigo 621, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a presente revisão criminal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236162-44.2021.8.26.0000, 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 MODULAÇÃO E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.074)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

AROLDO VIOTTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispositivos das Leis nº 1.898, de 12 de abril de 2005, e nº 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambas do Município de Tanabi. Diplomas legais que criaram os cargos comissionados de "Diretor de Trânsito" e "Gerente de Cidade". Vícios de inconstitucionalidade material. Cargo de "Diretor de Trânsito", cujas atribuições não estão descritas na lei, apenas as pertinentes à Divisão de Trânsito. Atribuições do cargo de "Gerente de Cidade" que não se enquadram nas funções típicas dos cargos comissionados, a saber, chefia, assessoramento

e direção. Violação aos 111, "caput", 115, "caput", II e V, e 144, "caput", todos da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial. Ação direta de inconstitucionalidade procedente, com modulação e observação.

VOTO

I. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, tendo por objeto o artigo 2º, "caput" e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim o artigo 4º, "caput" e parágrafo único, e a expressão "Gerente de Cidade", contida no Anexo I, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambas as leis do Município de Tanabi. Aponta violação aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Sustenta em resumo que: a) a Lei nº 1.898/05 não descreveu as atribuições do cargo, de provimento em comissão, de "Diretor de Trânsito", em violação ao princípio da legalidade, por não se enquadrar nas atribuições de chefia, direção e assessoramento; b) não cabe ao Chefe do Poder Executivo descrever as atribuições do cargo público, matéria reservada à lei em sentido formal, mormente em se tratando de cargos de provimento em comissão, *"hábil para mensuração da perfeita subsunção da hipótese normativa concreta ao comando constitucional excepcional que restringe o comissionamento às funções de assessoramento, chefia e direção."* (fls. 09); c) o cargo de provimento em comissão de "Gerente de Cidade" tem atribuições técnicas e burocráticas, de modo que o ingresso deveria ocorrer por meio de concurso de público, *"tendo em vista que não foram descritas atribuições de assessoramento, chefia e direção que denotem a necessidade de especial relação de confiança, exigência indispensável para a excepcionalidade da criação de cargos de provimento em comissão, de tal maneira que desafiam o contido nas regras dos incis. II e V do art. 115, da Constituição Paulista, e vulneram os princípios de moralidade, impessoalidade, igualdade e eficiência (art. 111, Constituição do Estado) que informam aquelas regras que adotam o merit system."* (fls. 10/11); d) há afronta às teses fixadas pelo Egr. STF no julgamento do Tema 1.010 de Repercussão Geral.

Pede a procedência da ação, para ser declarada a inconstitucionalidade dos dois mencionados dispositivos legais e da expressão "Gerente de Cidade", constante do Anexo I (artigo 2º, "caput" e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim o artigo 4º, "caput" e parágrafo único, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambos do Município de Tanabi).

A Procuradoria Geral do Estado, conquanto citada, não se manifestou (cf.

Acesso ao Sumário

certidão de fls. 272).

O Sr. Prefeito Municipal de Tanabi (fls. 278/284) defendeu a constitucionalidade dos cargos impugnados, asseverando em síntese que: a) *"Sem a possibilidade de nomeação e/ou designação de servidores para o exercício de cargos de confiança é impossível àquele que governa com tranquilidade e a gestão eficiente da máquina pública. Ao contrário do que o Ministério Público alega, todos os cargos em comissão de livre nomeação pelo Prefeito Municipal são dotados, além da confiança, também são de direção, chefia e assessoramento, estando todos os requisitos e exigências previstas em lei, não havendo qualquer vício que permita a invalidação das nomeações como pretende por meio da presente ação."* (fls. 282); b) diversamente do que afirma o autor, as atribuições do cargo de "Diretor de Trânsito" estão perfeitamente descritas nas leis de regência; c) as atribuições do cargo de "Gerente de Cidade" estão definidas como sendo de chefia, direção e assessoramento, nada tendo de burocráticas.

O Sr. Presidente da Câmara Municipal de Tanabi, embora regularmente cientificado (fls. 271 e 275), não apresentou suas informações (certidão de fls. 285).

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 290/299, opinou pela procedência da ação. Este, em síntese, o relatório.

II. Entende-se procedente a presente direta de inconstitucionalidade.

Reproduz-se o teor integral dos dispositivos legais impugnados das Leis nºs 1.898/2005 e 2.216/2009, ambas do Município de Tanabi:

Soa o artigo 2º, "caput" e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 1.898, de 2005:

"ARTIGO 2º: Fica criado no Quadro Geral de Cargos e Funções do Município, para atuar junto à Divisão de Trânsito de que trata o artigo 1º, o cargo de Diretor de Trânsito, cujo titular será considerado autoridade de trânsito para todos os efeitos legais.

Parágrafo 1º: A nomeação do Diretor de Trânsito será por meio de portaria do Executivo Municipal, e o procimento se dará exclusivamente aos servidores de carreira ou já comissionados.

Parágrafo 2º: A remuneração do Diretor de Trânsito será de R$ 1.150,00 (um mil, cento e cinquenta reais).

Parágrafo 3º: O reajuste da remuneração prevista no parágrafo 2º deste artigo será no mesmo percentual e ocasião do reajuste concedido ao funcionalismo em geral." (fls. 76).

O artigo 4º, "caput" e parágrafo único, da Lei nº 2.216/2009, de seu turno, assim dispõem:

"Art. 4º. Fica criado, em comissão, o cargo de Gerente de Cidade, cujas

Acesso ao Sumário

atribuições são definidas no Anexo I da presente Lei.

Parágrafo único. A remuneração do cargo de Gerente de Cidade será de R$ 1.830,00 (um mil, oitocentos e trinta reais), com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais." (fls. 87).

E o Anexo I da Lei 2.216/2009 assim descreve as atribuições do cargo de Gerente de Cidade (fls. 94):

"Obter e organizar as 'informações dos projetos contidos no planejamento estratégico urbano, dirigindo, coordenando e fiscalizando sua execução, possibilitando ao Prefeito e às Secretarias Municipais, obter informações relevantes. à manutenção da política e da estratégia pública".

Segundo a inicial, os diplomas afrontam os artigos 111, "caput"; 115, "caput", II e V e 144, "caput", todos da Constituição do Estado de São Paulo. Aludidos dispositivos são do seguinte teor:

"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. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006)"

"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:

(...)

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, chefia e assessoramento; (redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006).

(...)"

"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."

Com razão o requerente, revestindo-se os dispositivos impugnados de vício de inconstitucionalidade material.

A Lei Municipal nº 1.898/05 criou o cargo de "Diretor de Trânsito" sem

traçar as respectivas atribuições. As funções indicadas no artigo 3º do diploma foram claramente atribuídas à Divisão de Trânsito (fls. 76 e seguintes), e não especificamente ao cargo de "Diretor de Trânsito" da respectiva divisão. A intenção do legislador foi a de indicar naquele dispositivo as funções de toda a Divisão de Trânsito, e não, como parece evidente, de sua Diretoria. E, como não parece menos óbvio, não se vê com seja dado ao Diretor de Trânsito abarcar pessoalmente todas as funções da Divisão que dirige.

Como anotado com precisão pelo Desembargador MÁRCIO BARTOLI em precedente deste Colegiado, a ausência de descrição das atribuições do cargo na própria lei que o cria constitui ***"... técnica normativa que inviabiliza a análise da adequação da criação de cargos públicos comissionados, vez que, conforme determinam a Constituição do Estado de São Paulo (artigo 155, incisos II e V) e a Constituição Federal (artigo 37, incisos II e V), essa modalidade de provimento seria excepcional no Poder Público e admissível apenas para cargos que pressuponham a existência de um vínculo de confiança entre nomeador e nomeado. É imprescindível, portanto, para que se crie cargo nessa modalidade de provimento excepcional, que se demonstre tratar-se de função que se subsome às hipóteses constitucionalmente permitidas, quais sejam, de cargos de chefia, direção ou assessoramento"***. (TJSP, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2216569-97.2019.8.26.0000, j. 19.02.2020, Rel. Des. MÁRCIO BARTOLI).

Já a Lei Municipal nº 2.216/09, em seu artigo 4º, criou o cargo comissionado de "Gerente de Cidade". As atribuições desse cargo, especificadas no Anexo I, não são de molde a predispor ou exigir relação de confiança. Não há justificativa para excepcionar-se a regra do provimento efetivo, mediante aprovação em concurso público. É o que se verifica da leitura do Anexo I da LM nº 2.216/09, "verbis":

"Gerente de Cidade

Obter e organizar as informações dos projetos contidos no planejamento estratégico urbano, dirigindo, coordenando e fiscalizando sua execução, possibilitando ao Prefeito e às Secretarias Municipais, obter informações relevantes à manutenção da política e da estratégia pública." (fls. 93/94).

Nenhuma das atribuições do cargo de "Gerente de Cidade" se enquadra nas funções típicas dos cargos comissionados, a saber, chefia, assessoramento e direção, requisito bem definido em parecer da Procuradoria Geral da República nos autos do R.E. nº 1.041.210/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime de Repercussão Geral (Tema 1.010***): "As atribuições dos cargos criados não cumprem os requisitos da categoria. Os cargos em comissão, vocacionados a serem transitoriamente preenchidos por ocupante de confiança da autoridade nomeante, dirigem-se àquelas atividades inerentes***

Acesso ao Sumário

à direção, à assessoria e à coordenação, na hierarquia administrativa dos órgãos, com vistas à concepção de programas de governo. Tais características devem decorrer logicamente da descrição de suas atribuições".

As funções atribuídas ao referido cargo – como se afigura curial – revelam atividade eminentemente burocrática e profissional, cujo desenvolvimento não demanda relação de confiança entre o agente público nomeante e o nomeado.

Assim, no que respeita à criação dos cargos de "Diretor de Trânsito" e de "Gerente de Cidade", há clara vulneração aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade (art. 111 da CE), e aos artigos 115, incisos II e V, e 144, todos da Constituição Estadual.

Recorde-se que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mencionado Tema nº 1.010, apreciou a matéria e fixou de maneira vinculante as seguintes teses: ***"a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir"***. (STF, Plenário, RG no RE nº 1.041.210/SP, Rel. o Min. DIAS TOFFOLI, j. 27.09.2018, DJe 22.05.2019 – m.v.).

Assim também a iterativa orientação da jurisprudência deste Colendo Órgão Especial, destacando-se, dentre outros precedentes cônsonos:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Tanabi. Lei Municipal nº 1.508/1997, com alteração promovida pela Lei nº 2.097, de 27 de outubro de 2007, que 'reclassifica cargos e institui o quadro de pessoal e o sistema retribuitório da Câmara Municipal de Tanabi'. Perda parcial do objeto em razão da extinção do cargo vago de 'Assessor Jurídico Parlamentar' através do Ato da Presidência nº 02/2019. Criação de cargos do Poder Legislativo Municipal. Competência privativa da edilidade. Matéria objeto de edição de lei. Impossibilidade. O instrumento normativo adequado para a matéria é a resolução. Ofensa aos arts. 20, III, e 21, da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade verificada. Criação de cargo de provimento em comissão destinado ao desempenho de atividade eminentemente técnica e profissional. Inadmissibilidade. Cargo de 'Assessor de Imprensa' que não possui atribuição de assessoramento, chefia ou direção. Incidência do Tema de Repercussão Geral nº 1.010/STF. Vício material caracterizado. Ofensa aos arts. 111, 115, incisos II e V, da Constituição Estadual/SP. Inconstitucionalidade verificada,

Acesso ao Sumário

observada, no entanto, a natureza alimentar e irrepetível das verbas pagas aos ocupantes dos referidos cargos, bem como a modulação dos efeitos da presente decisão. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205492-23.2021.8.26.0000, Rel. o Des. JARBAS GOMES, j. 04.05.2022)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 11, 16, 17 e 18, da Lei 4.972, de 11 de fevereiro de 1998, do Município de Franca – Ausência de discriminação das atividades e atribuições do cargo de provimento em comissão de 'Diretor do sistema municipal de ensino' e a função de confiança de 'Professor Coordenador' – Violação à Orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal (Tema 1.010) – Violação aos artigos 24, §2º, 1, 111, 115, II e V e 144, todos da Constituição Estadual, que reproduzem os artigos 37, caput e incisos II e V, da Constituição da República de 1998 – Reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos legais pelo Prefeito Municipal – Ação direta julgada procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272410-09.2021.8.26.0000, Rel. o Des. ADEMIR BENEDITO, j. 22.06.2022)

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Ibirá – ARTS. 5º A 7º E 16 DA LEI Nº 2.384, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2.017, que 'Institui o Sistema Controle Interno no Poder Executivo do Município da Estância Hidromineral de Ibirá, e dá outras providências' – Provimento em comissão ou função gratificada de cargos cujas funções são eminentemente técnicas ou profissionais, próprias de cargos de provimento efetivo – Inexistência de funções de assessoramento, chefia e direção, com atribuições meramente burocráticas, técnicas e operacionais – Limitações à autonomia municipal em face da necessária igualdade de acesso aos cargos públicos e aplicação do princípio da obrigatoriedade de concurso público para provimento de cargos públicos – Tema 1.010 de Repercussão Geral, do C. STF. – Violação dos artigos 35, 111 e 115, incisos II e V, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes deste C. Órgão Especial e dos Tribunais Superiores – Ação procedente, com modulação de efeitos e ressalva." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272457-80.2021.8.26.0000, Rel. o Des. VIANNA COTRIM, j. 15.06.2022)

Acesso ao Sumário

Acolhido o pedido, é caso de modular os efeitos desta decisão, em atenção ao art. 27 da Lei nº 9.868/99. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, "caput" e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim do artigo 4º, "caput" e parágrafo único, e da expressão "Gerente de Cidade", constante do Anexo I, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambas do Município de Tanabi, far-se-ão produzir ao término do prazo de cento e vinte (120) dias contados da data deste julgamento, ficando no entanto desde já obstadas novas nomeações aos cargos de "Diretor de Trânsito" e "Gerente

de Cidade", criados pelas aludidas leis, e assentando-se a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa fé pelos ocupantes dos referidos cargos, diante de seu caráter alimentar.

III. Por todo o exposto, julga-se procedente a presente ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, "caput" e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim do artigo 4º, "caput" e parágrafo único, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, e da expressão "Gerente de Cidade", contida no Anexo I deste diploma legal, ambas do Município de Tanabi, com modulação e irrepetibilidade, como acima explicitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2131591-22.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

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 47.937)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MOACIR PERES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca de Guarulhos. Ação proposta pelo Prefeito em face da Lei Municipal nº 7.893, de 08 de março de 2021, que "estabelece normas para instalação, a conservação e o uso de elevadores, escadas rolantes e outros equipamentos de transporte instalados, de forma permanente, em edificações no Município de

Acesso ao Sumário

Guarulhos".

Arguição de inconstitucionalidade material por afronta aos artigos 25, 47, incisos II, IV, XI, XIV e 144, da Constituição do Estado de São Paulo;

Arguição de invasão de competência privativa do Chefe do Executivo;

Arguição de criação de obrigação financeira sem indicação de fonte de custeio.

Afronta à reserva da administração ante a invasão de esfera de competência privativa do Executivo.

Afronta aos artigos 5º, 47, incisos II, IV, XI e XIV e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Ação procedente.

VOTO

O Prefeito do Município de Guarulhos propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Municipal nº 7.893, de 08 de março de 2021, que "estabelece normas para instalação, a conservação e o uso de elevadores, escadas rolantes e outros equipamentos de transporte instalados, de forma permanente, em edificações no Município de Guarulhos".

Sustenta que foi encaminhado o projeto de lei, de autoria parlamentar de Vereador, porém foi aposto veto total, que foi rejeitado pelo Poder Legislativo Municipal, sendo a lei promulgada e publicada, criando obrigação financeira sem indicar a respectiva despesa, além de estabelecer obrigações ao Município em matéria estrutural e organizacional, retirando do administrador a possibilidade de agir segundo os critérios de conveniência e oportunidade.

Aduz que há inconstitucionalidade material por violação ao princípio da separação dos poderes, bem como infringência aos artigos 5º, § 1º, artigo 25, artigo 47, incisos II, IV, XI, XIV, XIX, artigo 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo, e artigos 1º e 63, incisos III, V, VII e VIII, da Lei Orgânica do Município.

Afirma que o Município já possui o Certificado de Conformidade de Equipamentos e a Licença de Funcionamento de equipamentos, que certificam o funcionamento dos equipamentos de transportes, tais como elevadores, escadas e pontes rolantes.

Acrescenta que o Departamento de Informática e Telecomunicações do Município não dispõe de sistema com a funcionalidade prevista na lei impugnada, e no caso de futura contratação será necessário estudo técnico detalhado e específico, além da necessidade de verificação da disponibilidade

Acesso ao Sumário

orçamentária.

Pretende seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 7.893, de 08 de março de 2021, do município de Guarulhos.

Foi deferida a liminar para suspender a eficácia da Lei Municipal 7.893, de 08 de março de 2021, do município de Guarulhos, até o julgamento final desta ação direta de inconstitucionalidade (fls. 135/144).

A Câmara Municipal de Guarulhos manifestou-se a fls. 148/157 arguindo a constitucionalidade da lei ora questionada, afastando a arguição de vício de iniciativa, posto que a matéria está adstrita ao interesse local, de competência legislativa municipal, consoante o art. 30, inciso I, da Constituição Federal, sendo inclusive de competência concorrente com a câmara, conforme art. 11, inciso I, da Lei Orgânica do Município de Guarulhos. Aduz ainda ausência de violação ao princípio da separação dos poderes, afirmando que a lei em comento visa apenas instrumentalizar a obrigação do Poder Executivo já estabelecida pelo art. 171, da Lei Orgânica do Município. Esclarece que a lei municipal impõe a regularidade, fiscalização e obrigação das empresas de manutenção em seguir parâmetro e periodicidade de manutenção, de forma permanente, em edificações no Município de Guarulhos, enquanto o Decreto Municipal nº 23.487/2005 mencionado pelo Prefeito regulamenta e disciplina a expedição de Licença de Funcionamento de Equipamentos e o Certificado de Conformidade, previstos de forma superficial no Código de Edificações e Licenciamento Urbano. Ressalta que a iniciativa parlamentar só estará vedada nos casos em que o projeto de lei municipal versar sobre estrutura e funcionamento da Administração Pública Municipal, notadamente no que concerne às normas de reprodução obrigatória correspondentes à previsão do § 1º, do art. 61, da Constituição Federal, pois, em relação a estas matérias, a iniciativa de lei é reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Houve a interposição de Agravo contra a decisão que concedeu a medida liminar, tendo este C. Órgão Especial, por votação unânime, negado provimento ao recurso conforme acórdão de fls. 443/456.

A Procuradoria-Geral do Estado, devidamente citada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se, conforme certidão de fls. 466.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina a fls. 471/492 pela improcedência da ação conforme ementa:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.893, DE 08 DE MARÇO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, QUE "ESTABELECE NORMAS DE INSTALAÇÃO, A CONSERVAÇÃO E O USO DE ELEVADORES, ESCADAS ROLANTES E OUTROS EQUIPAMENTOS DE TRANSPORTE INSTALADOS, DE FORMA

Acesso ao Sumário

PERMANENTE, EM EDIFICAÇÕES NO MUNICÍPIO DE GUARULHOS". PARAMETRICIDADE. PODER DE POLÍCIA. INICIATIVA PARLAMENTAR. TEMA 917 DE REPERCUSSÃO GERAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O parâmetro exclusivo do controle de constitucionalidade pela via abstrata, concentrada e direta de lei ou ato normativo municipal é a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, CF), razão pela qual se afigura inidôneo o seu contraste com atos normativos infraconstitucionais.

2. Lei de iniciativa parlamentar contendo normas de polícia administrativa de instalação, conservação e uso de elevadores, escadas rolantes e outros equipamentos de transporte instalados, de forma permanente, em edificações, não ofende a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo nem a reserva da Administração.

3. A falta de recursos orçamentários não causa a inconstitucionalidade de lei, senão sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência inicial.

4. Improcedência do pedido.

É o relatório.

A lei impugnada assim dispõe:

LEI MUNICIPAL Nº 7.893, DE 08 DE MARÇO DE 2021

Estabelece normas para a instalação, a conservação e o uso de elevadores, escadas rolantes e outros equipamentos de transporte instalados, de forma permanente, em edificações no Município de Guarulhos.

Capítulo I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Ficam estabelecidas, nos termos desta Lei, normas para a instalação, a conservação e o uso de elevadores, escadas rolantes e outros equipamentos de transporte instalados, de forma permanente, em edificações no Município de Guarulhos.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei:

I – entendem-se por equipamentos de transporte, dentre outros similares:

a) cadeira elevatória de pessoas;

b) elevador de alçapão;

c) elevador de carga;

d) elevador de degraus sobre esteiras para passageiro;

e) elevador de maca;

f) elevador de passageiros;

g) elevador para garagem com carga e descarga automática;

h) elevador de uso restrito;

Acesso ao Sumário

i) escada rolante;

j) esteira rolante transportadora de passageiro em plano reto ou inclinado;

k) monta-cargas; e

l) plataforma de acessibilidade vertical e inclinada.

II – entende-se por empresa de manutenção a empresa de manutenção preventiva mensal, de assistência e de responsabilidade técnica de equipamentos de transporte; e

III – entende-se por responsável pelo equipamento de transporte o proprietário da edificação, o síndico ou o responsável pela edificação.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei não se aplica aos elevadores instalados em veículos de transporte coletivo, em obras da construção civil ou em residências privadas com destinação exclusivamente unifamiliar, os quais deverão cumprir as respectivas normas de segurança de uso.

Capítulo II
DISPOSIÇÕES GERAIS
Seção I
DAS AUTORIZAÇÕES DE INSTALAÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE TRANSPORTE

Art. 3º A autorização de utilização dos equipamentos de transporte instalados em obras novas dar-se-á com a emissão da Carta de Habitação – Habite-se.

§ 1º Para a liberação do Habite-se, a autoridade competente exigirá Comunicação de Instalação, assinada por responsável técnico, na qual constem a descrição do equipamento, as especificações técnicas e a responsabilidade pela qualidade técnica, instruída com declaração, assinada pela empresa instaladora, de que os equipamentos foram testados, obedecem às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do Código de Edificações do Munícipio, a esta Lei e às demais disposições legais vigentes cabíveis.

§ 2º Concedido o Habite-se, os equipamentos referidos no caput deste artigo poderão ser cadastrados, no Sistema Informatizado de Dados do Executivo Municipal, pela empresa de manutenção contratada.

Art. 4º A autorização de instalação ou de modernização, bem como, a autorização de utilização de equipamentos de transporte, em prédios já existentes, dar-se-ão por meio de deferimento em processo administrativo, instruído conforme segue:

I – para a autorização de instalação ou de modernização, com projeto de instalação do equipamento de transporte ou projeto de modernização, contrato assinado com a empresa responsável pela instalação ou pela modernização e Anotação de Responsabilidade Técnica (ART); e

II – para a autorização de utilização, com Comunicação de Instalação, assinada por responsável técnico, na qual constem a descrição do equipamento, as especificações técnicas e a responsabilidade pela

Acesso ao Sumário

qualidade técnica, instruída com declaração, assinada pela empresa responsável pela instalação ou pela modernização, de que os equipamentos foram testados, obedecem às normas da ABNT, a esta Lei e às demais disposições legais vigentes cabíveis.

Parágrafo único. Concedida a autorização de utilização:

I – os equipamentos de transporte instalados deverão ser cadastrados, no Sistema Informatizado de Dados do Executivo Municipal, pela empresa de manutenção contratada; e

II – os equipamentos modernizados deverão ter os dados atualizados no Sistema Informatizado de Dados pela empresa de manutenção contratada.

Seção II

DA VIGÊNCIA DA AUTORIZAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE TRANSPORTE

Art. 5º A autorização para utilização dos equipamentos de transporte terá vigência enquanto houver manutenção preventiva e vistoria mensal realizada por empresa de manutenção registrada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) e enquanto forem cumpridos os dispositivos desta Lei.

Parágrafo único. A empresa de manutenção afixará, em local visível ao usuário, no interior dos elevadores, no acesso à escada rolante ou em local de fácil visualização nos demais equipamentos, a data da última vistoria ou manutenção preventiva.

Seção III

DO SISTEMA INFORMATIZADO DE DADOS

Art. 6º O Executivo Municipal disponibilizará Sistema Informatizado de Dados.

Parágrafo único. A empresa de manutenção cadastrará, no Sistema Informatizado de Dados, os equipamentos de transporte de sua responsabilidade.

Art. 7º O Sistema Informatizado de Dados conterá, no mínimo, as seguintes informações:

I – denominação do edifício;

II – endereço completo, informando todas as frentes e numeração do imóvel;

III – atividades e uso do prédio;

IV – número e identificação dos equipamentos de transporte;

V – tipo de uso dos equipamentos de transportes;

VI – capacidade de carga;

VII – denominação da empresa de manutenção;

VIII – número da ART e nome do responsável técnico;

IX – prazo de vigência do contrato;

Acesso ao Sumário

X – data da vistoria mensal;

XI – registros e verificações oriundos das vistorias ou das manutenções; e

XII – penalidades aplicadas às empresas de manutenção ou ao responsável pelo equipamento de transporte.

Parágrafo único. O Sistema Informatizado de Dados gerará, automaticamente, a numeração do cadastro que servirá como identificação municipal do equipamento de transporte.

Art. 8º A cada vistoria ou manutenção, nos termos do inciso XI do caput do art. 7º desta Lei, deverão ser efetuados registros e verificações, contendo:

I – descrição detalhada do estado geral do equipamento de transporte;

II – observações e recomendações gerais como os respectivos prazos para atendimento, se houver;

III – substituição de peças, remoção ou modernização do equipamento de transporte, se houver;

IV – recomendação de interdição ou de limitação de uso do equipamento de transporte, se houver;

V – recusa do responsável pelo equipamento de transporte em autorizar os reparos ou a correção de irregularidades ou defeitos registrados, se houver;

VI – fotos que demonstrem o desgaste do equipamento de transporte, se houver necessidade; e

VII – conclusão da vistoria ou manutenção preventiva pelo:

a) funcionamento normal;

b) funcionamento precário, com sugestões de reparos, se não urgentes;

c) funcionamento inseguro, se houver risco grave de acidente; e

d) funcionamento inapropriado, se houver sugestão de interdição.

§ 1º Sendo registrada recusa do responsável pelo equipamento de transporte em efetuar reparos, esse deverá ser cientificado, para que possa justificar, no prazo de 20 (vinte) dias, a não autorização dos reparos sugeridos.

§ 2º A vistoria das escadas ou esteiras rolantes deverá contemplar uma análise detalhada das folgas das partes com possibilidade de contato direto com os usuários ou com possibilidade de agarramento ou amassamento.

Art. 9º Havendo discordância do responsável pelo equipamento de transporte com os registros e as verificações da vistoria, poderá ser contratado laudo técnico autônomo.

Art. 10. O Sistema Informatizado de Dados deverá emitir avisos, quando:

I – não houver lançamento da vistoria ou manutenção mensal; e

II – forem preenchidos campos de constatação de problemas graves

Acesso ao Sumário

atinentes à segurança de uso ou for sugerida a interdição do equipamento de transporte.

Parágrafo único. Os avisos serão encaminhados pelo Sistema Informatizado de Dados, por meio dos correios eletrônicos cadastrados:

I – ao Executivo Municipal;

II – à empresa de manutenção; e

III – ao responsável pelo equipamento de transporte.

Art. 11. O Executivo Municipal cadastrará as empresas de manutenção para fins de concessão de senha de acesso ao Sistema Informatizado de Dados.

§ 1º Não poderá prestar manutenção preventiva, assistência ou responsabilidade técnica empresa não cadastrada junto ao Executivo Municipal.

§ 2º As empresas de manutenção, no ato de cadastramento, informarão os endereços eletrônicos da empresa responsável pela manutenção e do responsável pelo equipamento de transporte, para fins de encaminhamento dos avisos do Sistema Informatizado de Dados.

Art. 12. O responsável pelo equipamento de transporte terá senha de consulta a todos os dados do Sistema Informatizado de Dados relativos ao seu equipamento.

§ 1º Havendo necessidade de retificação de dados, o responsável pelo equipamento de transporte deverá solicitar à empresa de manutenção, de forma justificada, as correções necessárias.

§ 2º A empresa de manutenção fará os ajustes necessários e, quando não for possível, apresentará justificativa, por escrito, ao responsável pelo equipamento de transporte para as providências que entender cabíveis.

Art. 13. O usuário poderá verificar a regularidade do equipamento de transporte por meio de consulta ao Sistema Informatizado de Dados.

Parágrafo único. A consulta será disponibilizada a partir do número do equipamento de transporte e permitirá acesso a informações relativas ao cadastro do equipamento, à capacidade, à velocidade, ao tipo de uso, à empresa responsável pela manutenção e pelos registros e pelas verificações efetuados nas vistorias.

Acesso ao Sumário

Seção IV

DAS VISTORIAS, DA MANUTENÇÃO, DA RESTRIÇÃO DE USO, DA INTERDIÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE TRANSPORTE E DAS ADVERTÊNCIAS

Art. 14. Os equipamentos de transporte, para fins de seu regular funcionamento, deverão sofrer vistoria ou manutenção mensal, quando necessário, nos termos desta Lei.

§ 1º Para fins desta Lei, o serviço de manutenção deverá manter o equipamento de transporte em perfeito estado de funcionamento e segurança, incluindo, para esse fim, as atividades de inspeção, limpeza,

lubrificação, regulagem, consertos e reparos com possível substituição de componentes.

§ 2º Nos elevadores de uso público, é obrigatória a afixação de placa, visual e em Braile, contendo:

I – a mensagem "Atenção: antes de entrar, verifique se o elevador está parado neste andar", ou redação similar, no lado externo de suas portas;

II – o número de identificação do equipamento de transporte e sua capacidade de carga, em seu interior;

III – o nome da empresa de manutenção e seu respectivo número de telefone para ligações de emergência; e

IV – a mensagem "Para denúncias de funcionamento inadequado deste equipamento, ligue para a empresa que realiza a sua manutenção (informando o número do telefone empresa)".

§ 3º A empresa de manutenção, para fins do § 2º deste artigo, poderá recomendar a afixação de avisos complementares, tendo por base a análise de riscos ou histórico de acidentes ocorridos no equipamento de transporte.

Art. 15. A substituição de peças dos equipamentos de transporte deverá ser efetuada por componentes originais ou equivalentes, inspecionados e ensaiados conforme exigências das normas da ABNT, e ter sua origem comprovada.

Art. 16. As empresas de manutenção deverão fornecer ao responsável pelo equipamento de transporte, mensalmente, documento assinado por profissional habilitado, contendo:

I – data da última vistoria mensal;

II – manutenção ou troca de equipamentos, quando realizados;

III – observações ou sugestões cabíveis; e

IV – assinatura de ciência do responsável pelo equipamento de transporte.

Art. 17. A restrição ou a interdição de uso dos equipamentos de transporte de que trata esta Lei, quando necessárias, deverão ser efetivadas, na ordem de responsabilidade abaixo:

I – pela empresa de manutenção;

II – pelo responsável pela edificação; e

III – pelo agente de fiscalização, quando ocorrer omissão dos responsáveis pelo equipamento de transporte, aplicando-se as penalidades cabíveis.

Art. 18. Sem prejuízo do disposto no artigo 16 da presente Lei, será obrigatória a inspeção anual rigorosa dos aparelhos de transporte, a cargo das empresas de manutenção que, deverão fornecer ao responsável pelo equipamento de transporte, o Relatório de Inspeção Anual – RIA, assinado por profissional habilitado.

Art. 19. As empresas de manutenção dos equipamentos de transporte deverão manter serviço de atendimento de emergência 24h (vinte e

Acesso ao Sumário

quatro horas).

Art. 20. O responsável pela edificação em que esteja instalado apenas 1 (um) elevador não permitirá que este fique parado, sem conserto, por mais de 05 (cinco) dias úteis.

Parágrafo único. Excetua-se ao disposto no caput deste artigo a interrupção para fins de:

I – modernização do elevador;

II – substituição do elevador; ou

III – conserto do elevador, quando, comprovadamente, exija tempo maior.

Art. 21. Os elevadores com comando não automatizado instalados em prédios com acesso público e não residencial deverão funcionar com ascensorista ou dispor de sensor automático de fechamento de portas.

DA ACESSIBILIDADE

Art. 22. Na instalação ou na modernização de equipamentos de transporte de passageiro de uso público, deverão ser obedecidas as normas da ABNT relativas à acessibilidade.

Art. 23. Os equipamentos de transporte de passageiro de uso público que forem instalados ou modernizados a partir da data de publicação desta Lei deverão conter, dentre outros itens de acessibilidade, sinalização para deficientes visuais e sinal internacional para não alfabetizados.

Seção VI

DO USO E DAS ADVERTÊNCIAS DE USO DOS EQUIPAMENTOS DE TRANSPORTE

Art. 24. Fica obrigatória, em escadas rolantes ou equipamentos de transporte similares, a afixação de placa, visual e em Braile, em local visível ou em totens, no acesso ao equipamento, informando que:

I – é proibido transportar carrinhos de bebê, carrinhos de bagagem ou carrinhos de supermercado;

II – o equipamento não é apropriado para pessoas com mobilidade reduzida, deficientes visuais desacompanhados ou cadeirantes; e

III – crianças com idade inferior a 12 (doze) anos somente podem utilizar o equipamento com o auxílio de um acompanhante.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. Este artigo não se aplica às escadas rolantes ou aos equipamentos de transporte similares específicos e com controle de segurança para o transporte de carrinhos de bebê, cadeirantes e outros, sendo que os equipamentos de transporte deverão conter placas indicativas, visuais e em Braile, indicando o uso especial.

Art. 25. Fica vedada qualquer discriminação no uso dos equipamentos de transporte de uso público de que trata esta Lei, sendo admitidas restrições administrativas de uso que não tenham caráter discriminatório.

Parágrafo único. As restrições administrativas de uso dos equipamentos de que trata o caput deste artigo serão permitidas, dentre outros, para

fins de:

I – distinguir equipamento específico para carga;

II – permitir o acesso de pessoas identificadas no setor de portaria, quando houver exigência indiscriminada de identificação; ou

III – identificar acesso hospitalar restrito por motivos de saúde pública.

Seção VII

DOS RUÍDOS

Art. 26. Os equipamentos de transporte devem funcionar sem a produção de ruídos excessivos que possam trazer incômodos a seus usuários ou aos moradores das edificações.

Art. 27. As casas de máquinas dos elevadores ou de escadas rolantes deverão dispor, quando necessário, de proteções acústicas, de forma a minimizar a produção de ruídos ou reverberações que possam causar desconforto aos usuários e aos moradores da edificação, observados os níveis de ruídos permitidos pela legislação ambiental vigente, incluídas as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

Art. 28. Nos equipamentos já instalados, quando do início da vigência desta Lei, deverá ser verificada a necessidade de ajustes para o fim de minimizar ruídos.

Parágrafo único. Verificadas a existência de ruídos e a impossibilidade técnica de redução aos limites mínimos aceitáveis, o responsável pelo equipamento deverá apresentar laudo técnico, de empresa ou profissional habilitados, descrevendo o problema constatado e afirmando as razões que impossibilitaram reduzir ainda mais o incômodo.

DA RESPONSABILIDADE

Art. 29. Responderão pelo funcionamento e pela segurança do equipamento de transporte:

I – o responsável por esse equipamento;

II – a empresa de manutenção desse equipamento; e

III – o responsável técnico por esse equipamento.

Art. 30. O responsável pelo equipamento de transporte é responsável:

I – pela escolha e pela contratação de empresa de manutenção;

II – pela autorização para que sejam procedidos os serviços de conservação e manutenção corretiva e preventiva;

III – pela vedação do acesso de pessoas não habilitadas ou empresa de manutenção não contratada à casa ou caixas de máquinas do equipamento de transporte para fins de inspeção, manutenção ou conservação de equipamento, salvo nos casos autorizados por esta Lei;

IV – pelo uso indevido de casas ou caixas de máquinas ou do equipamento de transporte; e

V – pela imediata interdição do equipamento de transporte, quando da ocorrência de acidente.

Acesso ao Sumário

Art. 31. A empresa de manutenção é responsável:

I – pela manutenção, em perfeito estado de funcionamento e de segurança, e pela limpeza das engrenagens do equipamento de transporte;

II – pelo lançamento de dados do equipamento de transporte no Sistema Informatizado de Dados;

III – por comunicar por meio do Sistema Informatizado de Dados, a existência de defeitos que afetem a segurança dos usuários dos equipamentos de transporte;

IV – pelos danos produzidos a terceiros, causados pelo funcionamento imperfeito do equipamento de transporte ou por acidentes que resultem de instalação, falha de manutenção, conservação inadequadas ou ausência de condições de segurança dos equipamentos de transportes sob sua responsabilidade; e

V – pela correta e justa indicação de serviço, reparos e substituição de peças do equipamento de transporte.

Seção IX

DA RECOMENDAÇÃO DE USO

Art. 32. As crianças com idade inferior a 10 (dez) anos e as pessoas com mobilidade reduzida ou com deficiência visual é recomendado utilizar os equipamentos de transporte com o auxílio de um acompanhante.

Parágrafo único. As crianças com idade inferior a 10 (dez) anos, enquanto próximas dos equipamentos de transporte descritos nesta Lei, recomenda-se a companhia de um responsável.

Art. 33. Recomenda-se o uso de elevadores, dentre os equipamentos de transporte descritos nesta Lei, para:

I – cadeirantes;

II – usuários portando carga, em caso de esta inviabilizar seu equilíbrio ou seu apoio no corrimão, se necessário;

III – usuários com bebê no colo, no carrinho ou em acomodação semelhante;

IV – usuários com cão preso à guia ou solto, se permitido o trânsito de animais; e

V – usuários com deficiência visual que impeça a leitura das placas de advertência e a visualização das demarcações de segurança do equipamento.

Parágrafo único. Este artigo não se aplica às escadas rolantes ou aos equipamentos de transporte similares específicos com controle de segurança para o transporte de carrinhos de bebê e de cadeirantes, cujo uso esteja corretamente indicado.

Art. 34. Para os fins desta Lei, considera-se conduta adequada para os usuários de escadas e esteiras rolantes:

I – não apoiar o corpo sobre o corrimão e não sentar nos degraus,

Acesso ao Sumário

mantendo-se em pé e com o corpo voltado para a direção do deslocamento do equipamento de transporte;

II – ter atenção ao entrar e ao sair do equipamento de transporte, levantando os pés;

III – não pisar na faixa amarela que demarca o limite do uso dos degraus com segurança;

IV – manter, no mínimo, uma das mãos sobre o corrimão ou, não sendo possível, procurar um elevador;

V – nunca caminhar nos degraus, acelerando o término do percurso;

VI – ter especial atenção às roupas longas que possam arrastar no chão e prender-se no equipamento de transporte;

VII – ter especial atenção aos calçados que possam prender-se no equipamento de transporte, tais como os de saltos altos finos e os de solados com saliências que se encaixem nos sulcos das esteiras; e

VIII – na condução de criança, manter uma das mãos dessa firmemente segura.

Seção X

DA FISCALIZAÇÃO E DAS SANÇÕES

Art. 35. Fica o Executivo Municipal, por meio de seus órgãos competentes, responsável pela fiscalização do disposto nesta Lei.

Art. 36. Os infratores ao disposto nesta Lei, sem prejuízo das consequências civis e criminais de seus atos, ficam sujeitos às seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa;

III – interdição do equipamento de transporte; e

IV – descadastramento de empresa de manutenção.

Parágrafo único. As sanções serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração, podendo ser cominadas cumulativamente.

Art. 37. Para a aplicação das sanções descritas nesta Lei, respeitados os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da impessoalidade, do interesse público, da eficiência e da publicidade, serão assegurados o devido processo legal e a ampla defesa.

Parágrafo único. Nos casos de iminente risco à segurança do usuário, será procedida a interdição, de modo sumário e cautelar, dos equipamentos de transporte, abrindo-se prazo para a defesa.

Art. 38. A advertência poderá ser aplicada para as infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Na hipótese de reincidência específica ocorrida no período de até 36 (trinta e seis) meses, contados da aplicação da advertência, será aplicada sanção mais gravosa.

Art. 39. As multas para infrações a dispositivos desta Lei serão

Acesso ao Sumário

estabelecidas tendo como referência mínima 100 (cem) UFG (Unidade Fiscal de Guarulhos) até 15.000 (quinze mil) UFG (Unidade Fiscal de Guarulhos).

§ 1º Na definição do valor das multas, deverão ser observadas a gravidade da infração, o dano causado e a capacidade econômica do infrator.

§ 2º Nas infrações de ocorrência continuada, a multa será diária, enquanto presentes as condições de sua imposição.

Art. 40. Havendo reincidência, as multas terão seu valor:

I – duplicado, quando a reincidência for genérica; e

II – triplicado, quando a reincidência for específica.

Parágrafo único. Para efeito de caracterização de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se, entre a data do cumprimento ou da extinção da sanção e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a 36 (trinta e seis) meses.

Art. 41. Será interditado o equipamento:

I – que constitua risco à segurança;

II – que funcione sem autorização municipal;

III – que não atenda ao disposto no art. 6º desta Lei; e

IV – nos termos do artigo 17 desta Lei.

Capítulo III

DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA

Art. 42. As empresas de manutenção deverão, no prazo de 12 (doze) meses, contados do início da vigência desta Lei, cadastrar, no Sistema Informatizado de Dados, os equipamentos de transporte de sua responsabilidade.

Capítulo IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, podendo o Poder Executivo regulamentar a presente no que achar necessário.

Art. 44. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Acesso ao Sumário

De início, anote-se a legitimidade *ad causam* do Prefeito do Município de Guarulhos para a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, consoante o art. 90, inciso II, da Constituição Estadual. Ademais, *in casu*, vislumbra-se a pertinência temática eis que a lei em comento ao dispor sobre elevadores, escadas rolantes e outros equipamentos de transporte instalados, de forma permanente, em edificações no Município de Guarulhos aborda matéria que guarda relação com a Administração Pública.

A reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo é excepcional e demanda interpretação restrita.

A esse respeito MEIRELLES esclarece:

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*).

A Constituição do Estado em seu art. 24, § 2º, aplicável aos Municípios por força do art. 144, 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.

Cabe anotar que os Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si e com funções indelegáveis, estabelecidos no art. 2º da Constituição Federal[1] e no art. 5º da Constituição do Estado[2], de maneira que cada Poder tem a sua esfera de atuação preponderante, cabendo ao Legislativo exercer, preponderantemente, atividades legislativas; ao Executivo atividades executivas e 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.

Como bem ressaltado pelo mestre Hely Lopes Meirelles:

Acesso ao Sumário

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.

> Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", referindo-se unicamente à necessidade do "equilíbrio entre os Poderes", do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de *checks and balances*, que é o nosso método de *freios e contrapesos*, em que um Poder limita o outro, como sugerira o próprio autor no original: "le pouvoir arrête le pouvoir". Seus apressados seguidores é que lhe deturparam o pensamento e passaram a falar em "divisão" e "separação de Poderes", como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isto não ocorre, porque o Governo é a resultante da interação dos *três Poderes de Estado* – Legislativo, Executivo e Judiciário –, como a Administração o é de todos os órgãos desses *Poderes*.[3]

Dessa forma, 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.

Como já mencionado, não há entre o Legislativo e o Executivo subordinação administrativa ou política, mas sim um entrosamento de funções e de atividades político-administrativas.

In casu, a lei municipal trata da instalação, conservação e uso de elevadores, escadas rolantes e outros equipamentos de transporte instalados, de forma permanente, em edificações no Município de Guarulhos, estabelecendo, por exemplo, que o "Executivo Municipal disponibilizará Sistema Informatizado de Dados" (art. 6º); que "o Executivo Municipal cadastrará as empresas de manutenção para fins de concessão de senha de acesso ao Sistema Informatizado de Dados" (art. 11); que "fica o Executivo Municipal, por meio de seus órgãos competentes, responsável pela fiscalização do disposto nesta Lei" (art. 35), restando nítida a indevida ingerência do Legislativo na esfera reservada ao Executivo, em clara afronta aos artigos 5º, 47, incisos II, IV, XI, XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Assim já se posicionou este C. Órgão Especial em casos análogos:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei municipal nº 11.108, de 29 de novembro de 2006, de Ribeirão Preto – "Torna obrigatória a fixação de placas com normas de conservação e segurança nos elevadores dos prédios comerciais e residenciais" – Autoria parlamentar – Norma cuja iniciativa é de competência exclusiva do Prefeito – Caracterizada a afronta aos artigos 5º, 47, II e III e 144, da Constituição Estadual – Procedência, declarada a inconstitucionalidade da norma atacada. (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

0011137-38.2007.8.26.0000; Relator: Marcus Andrade; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Cível – São Paulo; Data do Julgamento: 31/10/2007; Data de Registro: 17/12/2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.882, DE 20 DE ABRIL DE 2007, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. OBRIGATORIEDADE DE ASCENSORISTAS NOS ELEVADORES DOS EDIFÍCIOS COMERCIAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 9043151-19.2007.8.26.0000; Relator: Armando Toledo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Cível – São Paulo; Data do Julgamento: 20/02/2008; Data de Registro: 07/03/2008)

Dessa forma, é caso de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.893, de 08 de março de 2021, do Município de Guarulhos, por ofensa aos artigos 5º, 47, incisos II, IV, XI, XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Isso posto, **JULGO PROCEDENTE a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.893, de 08 de março de 2021, do Município de Guarulhos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2191839-17.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO e PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.147)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, POÇAS LEITÃO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e COSTABILE E

Acesso ao Sumário

SOLIMENE.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Art. 15 da Lei nº 4.172, de 27 de janeiro de 2022, do Município de Cubatão, que "Institui o Regime de Previdência Complementar no âmbito da Prefeitura Municipal de Cubatão, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, autoriza a adesão a plano de benefícios de previdência complementar, e dá outras providências" – Norma que impõe a inscrição automática dos servidores ao plano de benefícios de previdência complementar – Violação ao princípio da facultatividade, estabelecido no art. 202 da Constituição Federal, de observação obrigatória, por força do disposto no art. 126, § 15, da Constituição Bandeirante – A possibilidade de manifestar desinteresse na inscrição dentro do prazo de 90 dias, com a respectiva restituição dos valores descontados não é suficiente para afastar o vício – A imposição de regras e procedimentos para a anulação da adesão e ressarcimento dos valores descontados dificulta o exercício da facultatividade do regime de previdência complementar – Precedente do C. Órgão Especial – Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando à declaração de inconstitucionalidade do art. 15 da Lei nº 4.172, de 27 de janeiro de 2022, do Município de Cubatão, que impõe a inscrição automática dos servidores ao plano de benefícios de previdência complementar.

O autor sustentou, em síntese, que o dispositivo impugnado, ao estabelecer que os servidores indicados serão automaticamente inscritos no plano de benefícios de previdência complementar desde a data de entrada em exercício, é incompatível com o disposto no art. 126, §§ 14, 15 e 16 da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos Municípios por força do art. 144 do mesmo diploma legal.

Acesso ao Sumário

A medida liminar pleiteada foi deferida (fls. 170/172).

O Presidente da Câmara Municipal de Cubatão apresentou informações às fls. 180/185, e o Prefeito às fls. 259/267.

A D. Procuradoria Geral do Estado não apresentou manifestação (fls. 269).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opinou pela procedência do pedido (fls. 273/279).

É o relatório.

A Lei nº 4.172, de 27 de janeiro de 2022, do Município de Cubatão, que *"Institui o Regime de Previdência Complementar no âmbito da Prefeitura Municipal de Cubatão, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, autoriza a adesão a plano de benefícios de previdência complementar, e dá outras providências"*, estabelece em seu art. 15:

*Art. 15 Os servidores e membros referidos no art. 4º desta Lei, com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, **serão automaticamente inscritos** no respectivo plano de benefícios de previdência complementar desde a data de entrada em exercício.*

§ 1º É facultado aos servidores e membros referidos no caput deste artigo manifestar a ausência de interesse em aderir ao plano de benefícios patrocinado pela Prefeitura Municipal de Cubatão, sendo seu silêncio ou inércia, no prazo de noventa dias após sua inscrição automática na forma do caput deste artigo, reconhecido como aceitação tácita à inscrição.

§ 2º Na hipótese de a manifestação de que trata o § 1º deste artigo ocorrer no prazo de até noventa dias da data da inscrição automática, fica assegurado o direito à restituição integral das contribuições vertidas, a ser paga em até sessenta dias do pedido de anulação atualizadas nos termos do regulamento.

§ 3º A anulação da inscrição prevista no § 1º deste artigo e a restituição prevista no § 2º deste artigo não constituem resgate.

§ 4º No caso de anulação da inscrição prevista no § 1º deste artigo, a contribuição aportada pelo patrocinador será devolvida à respectiva fonte pagadora no mesmo prazo da devolução da contribuição aportada pelo participante.

§ 5º Sem prejuízo ao prazo para manifestação da ausência de interesse em aderir ao plano de benefícios, fica assegurado ao participante o direito de requerer, a qualquer tempo, o cancelamento de sua inscrição, nos termos do regulamento do plano de benefícios.

Quanto ao regime de previdência privada, a Constituição Federal dispõe, no *caput* do art. 202, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência

Acesso ao Sumário

*social, **será facultativo**, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.*

A Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, estabelece em seu art. 126, §§ 14 a 16:

Artigo 126 – O Regime Próprio de Previdência Social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do Estado de São Paulo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

§ 14 – O Estado, desde que institua regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderá fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal.

§ 15 – O Regime de Previdência Complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no artigo 202 da Constituição Federal e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar.

§ 16 – Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

De início, é relevante esclarecer que o § 16 do art. 126 da Constituição Bandeirante, que reproduz o art. 40, § 16 da Constituição Federal, estabelece que o servidor público que ingressou no serviço público **antes** da instituição do regime de previdência complementar, permanece vinculado às normas anteriores, podendo, no entanto, migrar para o Regime de Previdência Complementar, mediante prévia e expressa opção. Cuida-se, portanto, de norma direcionada a quem já era servidor público antes da instituição do Regime de Previdência Complementar.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, o art. 15 da Lei nº 4.172/2022, ora impugnado, estabelece que a inscrição automática ao plano de benefícios de previdência complementar aplica-se aos servidores e membros referidos no art. 4º do mesmo diploma legal.

O referido art. 4º, por sua vez, trata dos servidores e membros que ingressarem no serviço público **após** a instituição do Regime de Previdência Complementar. Vejamos:

Art. 4º O Regime de Previdência Complementar de que trata esta Lei terá vigência e será aplicado aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, e membros de quaisquer dos poderes, incluídas suas autarquias e fundações, que ingressarem no serviço público a partir da data de:

I – publicação da autorização, pelo órgão fiscalizador de que trata a Lei

Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, do convênio de adesão do patrocinador ao plano de benefícios previdenciários administrado pela entidade fechada de previdência complementar; ou

II – início de vigência convencionada no convênio de adesão firmado com a entidade aberta de previdência complementar.

Com efeito, não se pode afirmar que o art. 15 da Lei nº 4.172/2022 do Município de Cubatão viola o art. 126, § 16 da Constituição Bandeirante, uma vez que regulamentam o ingresso de servidores em situações diversas ao Regime de Previdência Complementar.

Esclarece-se, no entanto, que embora não contrarie o art. 126, § 16 da Constituição Estadual, o dispositivo questionado padece de inconstitucionalidade, uma vez que a inscrição automática no plano de benefícios de previdência complementar dos servidores que ingressarem no serviço público após a instituição do RPC não obedece a facultatividade estabelecida no art. 202 da Constituição Federal, que deve ser observada, por determinação expressa do § 15 do art. 126 da Constituição Bandeirante.

Não se ignora que a norma estabelece, nos parágrafos do art. 15, a possibilidade de manifestar ausência de interesse em aderir ao plano de benefícios, no prazo de 90 dias da data da inscrição automática, assegurando o direito à restituição integral das contribuições vertidas. Todavia, impor regras e procedimentos para a anulação da adesão e ressarcimento dos valores descontados dificulta o exercício da facultatividade do regime de previdência complementar.

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 16.675, de 13 de março de 2018, do Estado de São Paulo, de iniciativa parlamentar, que "altera a Lei nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011, que institui o regime de previdência complementar no âmbito do Estado de São Paulo, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões de que trata o artigo 40 da Constituição Federal, autoriza a criação de entidade fechada de previdência complementar, na forma de fundação, e dá outras providências" – Regime jurídico de servidores públicos estaduais – Configurado o vício de iniciativa, que é privativa do Poder Executivo – Artigos 24, parágrafo 2º, '4', 126, parágrafo 15º da Constituição do Estado de São Paulo – Violação à separação de poderes – ***Imposição de inscrição automática dos servidores ao regime de previdência complementar, contrariando o caráter facultativo previsto no artigo 126, parágrafo 16º da Constituição Bandeirante, que reproduz o artigo 202 da Constituição Federal, que exige a prévia e expressa opção do servidor*** *– Inconstitucionalidade declarada – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2104844-06.2019.8.26.0000; Relator: Elcio Trujillo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 27/05/2020; Data de Registro: 28/05/2020)*

Acesso ao Sumário

Destaca-se que o fato da norma seguir o modelo de redação sugerida pelo "Guia da Previdência Complementar para Entes Federativos", editado pelo Ministério da Economia, não afasta a inconstitucionalidade, uma vez que o guia é sugestão para auxiliar os entes na elaboração do Projeto de Lei, cuja reprodução não é obrigatória.

Ainda, o guia não trouxe apenas essa possibilidade. No item 3.6 (fl. 226/227), dispõe: *"Outra opção é o modelo pelo qual o Ente estabeleça, como requisito para a posse (ingresso no serviço público), a apresentação de formulário com a expressa opção pela adesão ou não ao Regime de Previdência Complementar. Nesse momento, a escolha pelo regime de tributação (regressivo ou progressivo) também já é realizada"*.

Destaca-se que nas informações prestadas pelo próprio Prefeito do Município de Cubatão constou (fl. 265):

(...)

Por outro lado, aqueles que defendem a impossibilidade jurídica da inscrição automática argumentam que essa medida afrontaria diretamente os mandamentos constitucionais insculpidos no artigo º, incisos II e XX, e no artigo 202, os quais preveem que ninguém está obrigado a fazer ou se abster de fazê-lo senão em virtude de lei, que ninguém é obrigado a associar-se ou manter-se associado e a facultatividade da empresa ou o instituidor de criar e ofertar o plano e do trabalhador em aderir ou não ao plano de previdência complementar, bem como as disposições do direito contratual relativa a manifestação de vontade.

Para estes, o fato de inscrever automaticamente o empresado de empresa ou o associado de instituidor, estaria descumprindo o principal objetivo de um contrato, ou seja, o acordo e manifestação positiva e prévia de vontade em interesses mútuos, bem como a inscrição num plano de benefícios, contrato previdenciário, sem a manifestação clara e prévia de vontade, viciaria, assim, a relação jurídico-previdenciária.

O argumento de que se o empregado ou associado não se manifestasse pelo cancelamento da inscrição no prazo dado pelo ofertante, indicaria, por presunção a concordância com a inscrição, se mostra contrário aos princípios do direito contratual que evidencia a necessidade da expressão prévia e positiva da vontade dos contratantes.

(...)

Menciona-se, ainda, que a própria Lei nº 4.172/2022 dispõe, no parágrafo único do art. 5º, de forma contraditória, que *"Os novos servidores admitidos após a vigência do Regime de Previdência Complementar deverão fazer a expressa opção pela adesão ou não durante o processo admissional"* (fl. 12).

Como bem exposto pela D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 275/276):

(...)

Ora, a instituição do regime de previdência complementar deve observância ao disposto no artigo 202 da Constituição Federal, segundo expõe

o § 15 do art. 126 da Constituição e, que como explanado na exordial, é uma técnica de remissão à norma constitucional central que incorpora suas normas à Constituição Estadual.

No ponto, o § 15 do art. 126 da Constituição ao incorporar, por remissão, o caput do art. 202 da Constituição Federal, fulmina o caput do art. 15 da lei municipal, que torna a inscrição automática no regime de previdência complementar, ou seja, independente da vontade do servidor público, tanto que comete a ele o dever de pedido de cancelamento, e, por força da relação de dependência, os parágrafos desse preceito comunal que regulam os efeitos do cancelamento.

Ou seja, a lei municipal tornou obrigatório o que a Constituição consignou ser facultativo, não socorrendo, portanto, as alegações do Presidente da Câmara Municipal, à vista da inversão da lógica constitucional operada pela normativa local.

Com efeito, o § 15 do art. 126 da Constituição ao incorporar, por remissão, o caput do art. 202 da Constituição Federal, não fornece dúvida: o regime de previdência complementar é facultativo. Isto é, depende da adesão explícita do servidor público interessado.

Com efeito, a inconstitucionalidade aventada se verifica.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido para declarar inconstitucional o art. 15 da Lei nº 4.172, de 27 de janeiro de 2022, do Município de Cubatão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2121420-69.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.662)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO

Acesso ao Sumário

GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Ação direta em face da lei n. 2.589, de 15/12/2021, de Caraguatatuba, que "dispõe sobre a revisão geral anual dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais do Município de Caraguatatuba". Matéria pacificada no STF e neste Órgão Especial. Inconstitucionalidade. Pretensão de recomposição dos subsídios desgastados pela inflação do período. Impossibilidade. Prefeito, vice-prefeito e secretários municipais não são servidores públicos, são agentes políticos. O vínculo que tais agentes mantêm com o Estado é de natureza política, e não profissional. Daí o sistema remuneratório dos agentes políticos possuir especificidades e disciplina própria, distinto do regramento aplicável aos funcionários públicos em geral. Moralidade pública e anterioridade. Regra do mandato. Ação procedente.

VOTO

O e. Procurador-Geral de Justiça promoveu esta ação direta de inconstitucionalidade em face da lei n. 2.589, de 15/12/2021, de Caraguatatuba, que *"dispõe sobre a revisão geral anual dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais do Município de Caraguatatuba"*. Explicou suas razões a partir de fl. 4, *verbis*:

"(...)

Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores e Secretários são agentes políticos do Município, não sendo, portanto, servidores públicos comuns, porquanto não têm o status de agentes profissionais, sendo temporariamente investidos em cargos de natureza política, por força de eleição e nomeação.

Por essas razões, o ato normativo em análise, que fixou os subsídios dos agentes políticos à margem da regra da anterioridade da legislatura, viabilizando, em última análise, a revisão geral anual dos subsídios, padece de inconstitucionalidade.

O art. 29, VI, da Constituição Federal edifica como decorrência do princípio da moralidade administrativa (art. 37, da Carta Magna) as

Acesso ao Sumário

regras da anterioridade da legislatura para fixação dos subsídios dos Vereadores e de sua inalterabilidade durante esse período. A mesma regra se estende aos demais agentes políticos municipais (art. 29, V, Constituição Federal) – Prefeito, Vice Prefeito e Secretários.

A contrariedade a essas regras implica inconstitucionalidade da legislação local, por violação ao art. 144 da Constituição Estadual em virtude de sua remissão aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, entre eles as normas de pré-ordenação da autonomia dos entes federados, como as do art. 29, V e VI, da Carta Magna, observado a tese fixada em repercussão geral (Tema 484)".

Então, por tais razões, requereu literalmente fosse a presente ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei n. 2.589, de 15 de dezembro de 2021, do Município de Caraguatatuba.

A demanda foi processada sem antecipação de tutela (fl. 43).

Citada, a Procuradoria Geral do Estado se manteve silente (fl. 61).

Também a Câmara Municipal ficou em silêncio (fl. 65).

O Prefeito sustentou que o texto estava em consonância com a Carta, porque trata tão apenas da reposição inflacionária do período antecedente (fls. 52/57).

O Subprocurador-Geral de Justiça opinou pela procedência (fls. 70/76).

É o resumo do quanto necessário.

Voto n. 54.662

Inicialmente, transcrevo o texto da lei em comento, a partir do constante de fls. 2 e 29:

"Art. 1º. Fica concedido revisão geral anual dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais do Município de Caraguatatuba, de que trata o artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, aplicando os índices concedidos aos servidores municipais relativamente aos exercícios de 2019 (4,00432%); 2020 (2,55458%) e 2022 (11,079560%).

Art. 2º. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei onerarão recursos próprios consignados no orçamento Municipal.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário e, seus efeitos à data de 1 de janeiro de 2022".

Desde logo, peço vênia para propor a procedência da ação, de molde a fazer prevalecer orientações neste mesmo sentido, tanto do colendo Supremo Tribunal Federal como deste Órgão Especial, incidentes o disposto nos artigos 489, § 1º, VI, 926 e 927 do novo Código de Processo Civil, ausente qualquer razão para decidir de modo diverso dos precedentes.

Ficou pacificado que os agentes políticos beneficiados pela lei em

Acesso ao Sumário

comento não se equiparam aos quadros regulares do funcionalismo, estes sim atingidos pelas correções periódicas.

Explico.

Em 23/11/2020, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 1217439 AgR-EDv/SP, então relator o Ministro Edson Fachin, acerca do mesmo tema, fixou diretriz, confira-se:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.616/2018, DO MUNICÍPIO DE VALINHOS. FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS DO EXECUTIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEGISLATURA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. ACÓRDÃO EMBARGADO DIVERGENTE DA ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A remuneração de quaisquer agentes políticos (Prefeito, Vice-Prefeito, Vereador e Secretários Municipais),* ***em face do princípio da moralidade administrativa*** *e do disposto no art. 29, V e VI, da Constituição Federal,* ***deve obedecer às regras da anterioridade da legislatura para sua fixação*** *(art. 37, X e XI, CF). Precedentes. 2. Deve-se acolher os* ***embargos de divergência*** *quando o acórdão embargado destoa não apenas do aresto paradigma, mas também da jurisprudência que, posteriormente, consolidou-se na Corte. Hipótese em que a divergência restou demonstrada. 3. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso extraordinário, a fim de declarar a inconstitucionalidade da lei municipal".*

Sobredito julgamento resolveu disparidades, tornando-se marco divisório entre o *antes* e o *depois* acerca do tema.

Aliás, os embargos de divergência ora destacados remeteram ainda a outros processos de mesma substância, especialmente, em primeiro plano, ao RE 1236916, relator o Ministro Luiz Fux, j. 3/4/2020, cuja ementa faço constar deste voto, *verbis*:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DAS LEIS 10.415/2013, 10.729/2014, 11.069/2015, 11.285/2016 E 11.692/2018 DO MUNICÍPIO DE SOROCABA – SP. SECRETÁRIOS MUNICIPAIS, PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADORES. FIXAÇÃO DE SUA REMUNERAÇÃO. DECLARAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL APENAS EM RELAÇÃO AOS VEREADORES. REVISÃO DE SUBSÍDIOS DE SECRETÁRIOS MUNICIPAIS, PREFEITO E VICE PREFEITO. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. FIXAÇÃO*

Acesso ao Sumário

PARA A LEGISLATURA SUBSEQUENTE. ARTIGO 29, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO. 1. ***Os subsídios de Secretários Municipais, Prefeito e Vice-Prefeito serão fixados pela Câmara Municipal, para a legislatura subsequente, de acordo com o disposto no artigo 29, inciso V, da Constituição da República.*** *2. In casu, revela-se contrária à ordem constitucional a revisão dos subsídios de Secretários Municipais, Prefeito e Vice-Prefeito prevista no artigo 3º das Leis 10.415/2013, 10.729/2014, 11.069/2015, 11.285/2016 e 11.692/2018 do Município de Sorocaba – SP. Precedentes do STF. 3. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º das Leis 10.415/2013, 10.729/2014, 11.069/2015, 11.285/2016 e 11.692/2018 do Município de Sorocaba – SP".*

E existem outros mais:

"Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Constitucional. Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores. Fixação da remuneração. ***Obrigatoriedade de ser feita na legislatura anterior para vigorar na subsequente.*** *Princípio da anterioridade. Precedentes. 3. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 4. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AI 843758 AgR, relator o Ministro Gilmar Mendes, j. 28/2/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREFEITO, VICE- PREFEITO E VEREADORES. REMUNERAÇÃO. MAJORAÇÃO. FIXAÇÃO. LEGISLATURA SUBSEQUENTE. ART. 29, V, DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Tribunal de origem, ao constatar que os Atos 3 e 4/97 da Mesa da Câmara Municipal de Arapongas traduziram majoração de remuneração, agiram em conformidade com o entendimento pacífico desta Suprema Corte no sentido de que ***a remuneração de Prefeito, Vice-Prefeito e de Vereadores será fixada pela Câmara Municipal, para a legislatura subsequente, de acordo com o disposto no art. 29, V, da Constituição Federal.*** *Precedentes. III – Agravo regimental improvido"* (STF, AI 776230 AgR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 9/11/2010).

Também, como dito, neste Órgão Especial prevalece mesma orientação, confira-se o resultado da ADI 2003712-32.2021.8.26.0000, relator o Desembargador Carlos Bueno, j. 15/9/2021, v.u.:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressão 'e os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais' constante do inciso X do artigo 81 da Lei nº 2.048, de 26-10-2005, na redação

Acesso ao Sumário

dada pela Lei nº 3.361, de 6-10-2020, do Município de Patrocínio Paulista; artigo 2º da Lei nº 3.045, de 11-7-2016, do Município de Patrocínio Paulista; e expressão 'ao Presidente da Câmara Municipal e aos Vereadores,' contida no artigo 1º da Lei nº 3.155, de 27-10-2017, na redação dada pela Lei nº 3.181, de 4-4-2018, do Município de Patrocínio Paulista – Sistema remuneratório do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores – Reajuste na mesma data e com mesmo índice em que for procedida a revisão geral anual da remuneração dos servidores.

1. Reajuste dos subsídios atrelado à revisão anual concedida aos servidores públicos. Prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores não são servidores públicos, são agentes políticos. O vínculo que tais agentes mantêm com o Estado é de natureza política, e não profissional. Daí o sistema remuneratório dos agentes políticos possuir especificidades e disciplina própria, distinto do regramento aplicável aos funcionários públicos em geral. Nosso sistema constitucional proíbe o reajuste automático dos subsídios em função da revisão anual concedida aos servidores públicos. Precedentes do STF e do Órgão Especial.

2. ***Regra da legislatura. Subsídios do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores serão fixados ou reajustados pela Câmara Municipal para a legislatura subsequente, artigo 29, V e VI, da CF/88. Precedentes do STF.***

3. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente, com ressalva".

Vale dizer, a concessão da revisão geral anual dos subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e Secretários Municipais afrontou os princípios da moralidade, impessoalidade e anterioridade, previstos nos artigos 111, 115, XI e 144 da CE/89 e no artigo 29, VI, da CF/88, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da procedência da ação para declarar inconstitucional a lei indicada na exordial. Não está permitida a recomposição inflacionária anual, como agitado na resposta do Chefe do Executivo Municipal. **A legislação constitucional não equipara o corpo funcional regular aos agentes políticos, leia-se o disposto no artigo 115, XI da Constituição paulista:**

"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:

(...)

XI – a revisão geral anual da ***remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares****, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso".*

A circunstância foi apontada com precisão no r. parecer ministerial que

Acesso ao Sumário

encerrou a instrução, e cuja substância, porque congruente com a leitura do problema pelo Pretório Excelso, perfilhamos *per relationem*, *verbis*:

> *"(...)*
>
> *O art. 29, VI, da Constituição Federal edifica como decorrência do princípio da moralidade administrativa (art. 37, da Carta Magna) as regras da anterioridade da legislatura para fixação dos subsídios dos Vereadores e de sua inalterabilidade durante esse período. A mesma regra se estende aos demais agentes políticos municipais (art. 29, V, Constituição Federal) – Prefeito, Vice-prefeito e Secretários.*
>
> *A contrariedade a essas regras implica inconstitucionalidade da legislação local, por violação ao art. 144 da Constituição Estadual em virtude de sua remissão aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, entre eles as normas de pré-ordenação da autonomia dos entes federados, como as do art. 29, V e VI, da Carta Magna, observado a tese fixada em repercussão geral (Tema 484).*
>
> *(...)*
>
> *é absolutamente seguro que o direito à revisão geral anual é exclusivo dos servidores públicos.*
>
> *Embora não estejam necessariamente atreladas revisão geral anual e irredutibilidade remuneratória, resulta do ordenamento jurídico positivo que tais direitos são circunscritos aos servidores públicos e agentes políticos vitalícios por ocuparem cargos profissionais, cujo regime jurídico é marcadamente distinto daqueles que transitoriamente são investidos em cargos públicos de natureza política.*
>
> *A Constituição Federal não autoriza a revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos, pois, esse direito – tal e qual previsto na Constituição Federal (art. 37, X) e Constituição Estadual (art. 115, XI) – é restrito aos servidores públicos em geral.*
>
> *(...)*
>
> *os agentes políticos não são servidores profissionais, e a eles não se dirige a garantia da revisão geral anual que, como se infere do art. 37, X, da Constituição Federal, é direito subjetivo exclusivo dos servidores públicos e dos agentes políticos expressamente indicados na Constituição da República, ou seja, magistrados e membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, em virtude do caráter profissional de seu vínculo à função pública".*

Meu voto julga procedente a presente direta de inconstitucionalidade, dispensável modulação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2161527-58.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 81.075)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA CONTRA A LEI MUNICIPAL 3.929/2022 QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A INSTITUIR, NO ÂMBITO MUNICIPAL, O PROGRAMA MULHER INDEPENDENTE, DESTINADO AO APOIO NA GERAÇÃO DE EMPREGO E RENDA ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. 1. MATÉRIA QUE NÃO É DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES, EXCETO EM RELAÇÃO AO CAPUT DO ART. 6º E ARTS. 7º E 8º DA MENCIONADA LEI. PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL EM CASO ANÁLOGO. 2. CAPUT DO ART. 6º E ARTS. 7º E 8º DA LEI. OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO

Acesso ao Sumário

AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 3. DEMANDA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, proposta pelo Prefeito do Município de Andradina, tendo por objeto a Lei nº 3.929/2022 do Município de Andradina, que *"Autoriza o Poder Executivo a instituir, no âmbito municipal, o Programa Mulher Independente, destinado ao apoio na geração de emprego e renda às mulheres em situação de violência doméstica e familiar."*

Alega o autor que a norma impugnada é inconstitucional porque viola frontalmente os arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, "a" e 144 da Constituição Estadual. Argumenta que a mencionada legislação municipal de autoria parlamentar invadiu a esfera de gestão de administrativa, que cabe ao Poder Executivo, e envolve o planejamento a direção, a organização e a execução de atos de governo. Pede a concessão de liminar e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade da lei em discussão.

Processou-se sem deferimento da liminar (fls. 45/46). O Presidente da Câmara de Vereadores prestou informações (fls. 56/58), a Procuradoria-Geral do Estado não se manifestou (fls. 90), e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência parcial do pedido (fls. 95/100).

É o relatório.

A presente ação deve ser julgada parcialmente procedente.

A Lei nº 3.929/2022 do Município de Andradina, que dispõe sobre a instituição, no âmbito municipal, do Programa Mulher Independente, destinado ao apoio na geração de emprego e renda às mulheres em situação de violência doméstica e familiar do município de Andradina, de iniciativa do Poder Legislativo local, objeto de veto pelo Prefeito e que restou aprovada pelo Presidente da Câmara Municipal, **exceto** nos artigos a seguir discriminados, não invade reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e, assim, não viola a separação de poderes, conforme já reiteradamente externado neste Órgão Especial, pois que se trata de matéria que se insere na competência legislativa dos Municípios, nos termos do art. 30, I e II, da Constituição Federal.

Relembre-se ainda que, nos termos do art. 24, § 2º da Constituição Bandeirante, são matérias reservadas ao 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*** *– Declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal."* E a lei impugnada veicula apenas normas relativas ao apoio e inserção no mercado de trabalho de mulheres vítimas de violência doméstica. Não se inclui, portanto, no rol de matérias reservadas ao Chefe do Executivo.

E mais, como já definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ARE 878.911 (Tema 917): *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)."*

Nesse ponto, cabe transcrever lapidar lição do Desembargador Alex Zilenovski sobre o tema, em que bem rechaçada a alegação de vício de iniciativa em hipótese semelhante à presente: *"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 5.629, de 15 de setembro de 2020, que 'dispõe sobre a implantação do acompanhamento psicológico para mulheres vítimas de violência no Município de Mauá, e dá outras providências'. Inocorrência de inconstitucionalidade. Ausência de vício de iniciativa legislativa. Exclusiva competência do Chefe do Poder Executivo não caracterizada. Inteligência da Constituição Estadual do Estado de São Paulo e da jurisprudência do E. STF. Ausência de violação do Pacto Federativo e do princípio constitucional da separação de poderes. A lei municipal impugnada não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada. Ação nessa parte improcedente."* (Ação direta de inconstitucionalidade nº 2287863-78.2020.8.26.0000, j. em 4.8.2021).

Acesso ao Sumário

Em resumo, a norma impugnada não está eivada de vício de iniciativa e nem viola o princípio da separação dos poderes, exceto nos dispositivos a seguir discriminados.

Porém, a legislação municipal em análise contém inconstitucionalidade por violação à separação de poderes no tocante ao art. 6º, caput, e arts. 7º e 8º da Lei 3.929/2022 do Município de Andradina. Nesse ponto, vale transcrever mencionados dispositivos legais, verbis:

> *"Art. 6º O Programa Mulher Independente será operacionalizado pela Secretaria Municipal de Assistência Social, em parceria com a*

Secretaria de Desenvolvimento, Emprego e Renda e demais secretarias a critério do Poder Executivo.

Parágrafo único. Compete ao Poder Executivo:

I – auxiliar o planejamento e gerenciamento das atividades de implantação do Programa Mulher Independente;

II – mobilizar as empresas para disponibilizar vagas de contratação e oportunidades de trabalho para as mulheres vítimas de violência e abuso;

III – cadastrar as empresas interessadas no banco de dados do Projeto, que será alimentado periodicamente, interligando o cadastro das empresas com serem preenchidas;

IV – realizar o controle das vagas cadastradas no banco de dados, monitorando a quantidade ofertada a fim de garantir o fluxo de encaminhamento das vítimas de violência doméstica às vagas previamente cadastradas;

V – atualizar periodicamente as parcerias sobre a lista das vagas disponíveis junto às empresas cadastradas no banco de dados.

Art. 7º Fica o Poder Executivo autorizado a firmar convênios para execução do Programa Mulher Independente com os seguintes órgãos:

I – Delegacia de Defesa da Mulher (DDM);

II – Ministério Público de São Paulo (MP);

III – Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Subseção de Andradina.

Parágrafo único. O convênio de que trata o caput tem como finalidade fortalecer a rede de atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar, oferecendo recomendação e encaminhamento para que as vítimas sejam atendidas pelos serviços do Município.

Art. 8º Poderá o Executivo firmar convênios de formação, treinamento e sensibilização das empresas apoiadoras do Programa Mulher Independente."

Tais artigos prescrevem atribuições a órgãos do Poder Executivo e determinam a prática de atos de administração ordinária, o que não pode ser admitido, já que isso implica violação aos arts. 5º, 24, § 2º, 2, e 47, II, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual. O Poder Legislativo não pode dispor como será "operacionalizado" pelo Poder Executivo o programa em análise. Qual secretaria, servidores ou órgãos serão designados para tal intento, bem como se é caso ou não de celebração de convênios com alguma entidade de livre escolha do Poder Executivo, são matérias que não podem ser disciplinadas pelo Poder Legislativo, por implicarem indevida invasão de competência, em outras

Acesso ao Sumário

palavras, violação da separação dos poderes.

Nesse sentido, lapidar a lição do eminente Desembargador Ferreira Rodrigues em caso semelhante: *"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.580, de 12 de junho de 2019, que autoriza o Poder Executivo a 'implantar nas escolas municipais o Programa "Horta na Escola". Alegação de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes. Reconhecimento. Lei impugnada, de autoria parlamentar, que cria novas atribuições a órgãos da administração municipal, violando os artigos 5º, 24, § 2º, item '2', e 47, incisos II e XIX, 'a', da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Lei meramente autorizativa. Irrelevância. Prefeito Municipal que não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência. Norma impugnada que, na verdade, contém indisfarçável 'determinação' (ADIN nº 0283820-50.2011.8.26.0000) sendo, por isso, manifestamente inconstitucional. Ação julgada procedente."* (Ação direta de inconstitucionalidade nº 2138640-17.2021.8.26.0000, j. em 20.10.2021).

Releva, por fim, observar que não fora fixado prazo para regulamentação da presente Lei por meio de decreto, o que se revela escorreito.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação, para declarar a inconstitucionalidade do caput do art. 6º e dos arts. 7º e 8º Lei nº 3.929/ 2022 do Município de Andradina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2191858-23.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PORTO FERREIRA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO FERREIRA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.386)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, VICO MAÑAS, FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G.

STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 30 de novembro de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei n. 2.862, de 2 de agosto de 2011, do Município de Porto Ferreira, que autoriza o Poder Executivo Municipal a conceder direito real de uso dos bens públicos municipais às Associações de Moradores de Bairros. 1) Parametricidade. A Constituição Estadual constitui parâmetro exclusivo do controle de constitucionalidade pela via concentrada, direta e abstrata de lei ou ato normativo municipal. Impossibilidade de análise dos dispositivos legais invocados frente à Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), à Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e ao Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. 2) O Município possui competência para legislar sobre assuntos de interesse local, o que inclui direito urbanístico. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3) Caso em que a lei em debate cria hipótese de dispensa de procedimento licitatório. Inadmissibilidade. Competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria. Violação ao pacto federativo. Vício formal orgânico configurado. Afronta aos artigos 111, 117 e 144 da Constituição Estadual e artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República. 4) Norma de desenvolvimento urbano. Ausência de participação popular. Afronta ao artigo 180, inciso II, da Constituição Paulista. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo contra as disposições da Lei n. 2.862, de 2 de agosto de 2011, do Município de Porto Ferreira, que autoriza o Poder Executivo Municipal a conceder direito real de uso dos bens públicos municipais às Associações de Moradores de Bairros.

Alega o autor, em síntese, que o ato normativo impugnado trouxe

inovações na legislação urbanística municipal, ao dispor sobre loteamentos, sem a devida participação comunitária, o que contraria o artigo 180, inciso II, da Constituição Paulista, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma constitucional, levando à ameaça à democracia participativa, bem como à transparência governamental. Ademais, acrescenta que compete privativamente à União legislar sobre direito civil e diretrizes de desenvolvimento urbano (artigo 21, incisos I e XX, da Constituição Federal) e concorrentemente à União e ao Estado legislar sobre direito urbanístico (artigo 24, inciso I, da Magna Carta), violando, dessa forma, a repartição de competências. Por fim, aduz que a referida lei local prevê a outorga de concessão real de uso de bens públicos desprovida de procedimento licitatório.

Processada a ação (fl. 49), sobrevieram informações do Presidente da Câmara Municipal de Porto Ferreira (fls. 55/59) e do Alcaide (fls. 64/71) pugnando pela improcedência da ação.

Ausência de manifestação do d. Procurador Geral do Estado em defesa do ato (fl. 72).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 76/83).

É o relatório.

Preliminarmente, é importante ressaltar que a Constituição Estadual constitui parâmetro exclusivo do controle de constitucionalidade pela via concentrada, direta e abstrata de lei ou ato normativo municipal, o que impede a análise dos dispositivos legais invocados frente à Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade); à Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano; e ao Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, referente ao loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo, conforme se observa nas informações de fls. 55/59 e 64/71.

No mesmo entendimento, já dispôs a Suprema Corte que "não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público"[1].

Superada esta questão, no mérito, a ação é procedente.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo contra as disposições da Lei n. 2.862, de 2 de agosto de 2011, do Município de Porto Ferreira, que autoriza o Poder Executivo Municipal a conceder direito real de uso dos bens públicos municipais

Acesso ao Sumário

1 ADI 416 AgR, Relator: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014.

às Associações de Moradores de Bairros, por violação aos artigos 111, 117, 144 e 180, II, da Constituição Paulista.

Este é o texto da lei ora atacada:

"**Art. 1º** Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a Conceder Direito Real de Uso dos bens municipais às respectivas Associações de Moradores de Bairros, legalmente constituídas, em loteamentos aprovados na vigência da Lei Federal nº 6766/79.

Art. 2º O perímetro da área loteada poderá ter seu fechamento autorizado pela Prefeitura do Município de Porto Ferreira, sendo que dessa forma, o acesso ao loteamento, e por conseqüência aos lotes, serão feitos por portão, portaria, acesso controlado, ou outros definidos pela própria Associação.

Art. 3º A Concessão de Direito Real de Uso, recairá sobre Áreas Institucionais, Sistema de Lazer e arruamentos internos à área loteada, desde que não haja continuidade de ruas previstas pelo Plano Diretor do Município; prédios públicos, prédios comerciais, e/ ou templos religiosos.

Art. 4º A Concessão de Direito Real de Uso, será autorizada, mediante requerimento dirigido ao Chefe do Executivo Municipal, pela respectiva Associação de Moradores do Bairro, que haja o interesse.

Parágrafo único. Para a autorização da Concessão de Direito Real de Uso, o bairro não poderá ter ruas que sirvam de continuidade ao Sistema Viário Oficial existente.

Art. 5º A Concessão será a título gratuito, por tempo determinado não inferior à 20 (vinte) anos, permitindo-se sua renovação automática, por iguais períodos.

Art. 6º A Concessionária, em razão da Concessão, se obriga a:

I – Conservar os espaços públicos, mantendo-os limpos, em condições de uso, além de outras obrigações decorrentes de uso comum; e,

II – Coletar o lixo e depositá-lo em local próprio, em área externa e em frente aos limites do loteamento, e em local que não incomode a vizinhança.

Parágrafo único. O descumprimento da respectiva legislação, ou de cláusulas contratuais, acarretará a cessação da Concessão, obrigando-se a Concessionária a realizar indenização ao Poder Público Municipal, caso tenha ocorrido dano patrimonial.

Art. 7º Após, autorizada a Concessão pelo Executivo Municipal, lavrar-se-á instrumento particular ou público, no qual, obrigatoriamente, deverá constar, todos os encargos relativos à manutenção e conservação dos bens públicos, respeitada a peculiaridade de cada loteamento.

Art. 8º Todas as obras ou melhoramentos a serem realizados nas áreas objeto da Concessão, deverão ser aprovadas pela Municipalidade.

Art. 9º A Concessionária poderá criar um regulamento interno próprio para as regras de construção e uso do solo, desde que seja aprovado

Acesso ao Sumário

pelos associados e pela Prefeitura Municipal de Porto Ferreira, e também atenda no mínimo as regras estabelecidas pelas Leis de uso do solo e de zoneamento.

Art. 10. Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação; revogadas as disposições em contrário".

Com efeito, no que concerne à incompetência normativa municipal, ensina a Suprema Corte que "o princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro é o princípio da predominância do interesse, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em termos de interpretação em hipóteses que envolvam várias e diversas matérias"[2].

Entretanto, ao contrário do que alega o autor, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "a Constituição, em matéria de Direito Urbanístico, embora prevista a competência material da União para a edição de diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX, da CF) e regras gerais sobre direito urbanístico (art. 24, I, c/c § 1º, da CF), conferiu protagonismo aos Municípios na concepção e execução dessas políticas públicas (art. 30, I e VIII, c/c art. 182, da CF)"[3].

Na mesma linha: TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2103766-45.2017.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 08/11/2017; Data de Registro: 20/11/2017.

Dessa forma, o Município é competente para legislar sobre a referida matéria desde que seja no limite de seu interesse local e também que tal regramento esteja em harmonia com a matéria estabelecida pelos demais entes federados.

A Corte Constitucional também admite que o referido ente "disponha sobre forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, bem como que trate da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados"[4].

Acesso ao Sumário

Logo, não se verifica vício formal orgânico de constitucionalidade neste tocante, conforme acredita o autor.

Por sua vez, o mesmo não se pode inferir em relação ao procedimento licitatório.

A Constituição da República assegurou à União no artigo 22, inciso XXVII, a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e

2 ADI 4228, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 10-08-2018 PUBLIC 13-08-2018.

3 ADI 5696, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 08-11-2019 PUBLIC 11-11-2019.

4 RE 695911, Relator: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-073 DIVULG 16-04-2021 PUBLIC 19-04-2021

contratação, em todas as modalidades.

Nesse sentido, o legislador ordinário federal editou a Lei n. 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, de observância obrigatória por todos os entes federados.

Todavia, referidos entes podem editar normas específicas, de forma supletiva, em relação aos seus processos licitatórios, sem, contudo, contrariar as normas gerais estabelecidas pela União. Dessa forma, não lhes é permitido estabelecer hipóteses inovadoras de dispensa de licitação, tal como ocorreu no caso em estudo, sob pena de incorrer em vício formal orgânico e em violação ao princípio federativo (artigo 144 da Constituição Paulista).

Nessa linha, já decidiu a Suprema Corte que "não há espaço para que o legislador municipal, no exercício de sua competência concorrente complementar, inove as hipóteses de dispensa licitatória, as quais encontram previsão na Lei federal n. 8.666/1993. Não se trata de restringir ou abrandar o poder de auto-organização municipal, mas sim de obediência à regra de repartição constitucional de competências segundo a qual os Municípios podem legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, I e II), desde que não contrarie a norma geral federal"[5].

Ora, no caso presente, as normas em debate autorizam a outorga de direito real de uso dos bens públicos municipais às Associações de Moradores de Bairros, sem prévio processo licitatório, criando, desse modo, exceção incompatível com a regra geral de licitação, ainda que se alegue interesse público relevante, visto que não se encaixa nas hipóteses taxativas do artigo 17, da Lei n. 8.666/1993, referentes aos casos de dispensa.

Logo, tal situação vulnera o disposto nos artigos 117 e 144 da Constituição Estadual, como também fere as disposições do artigo 111 do mesmo diploma constitucional, dada à flagrante violação aos princípios da impessoalidade, igualdade e da moralidade, que devem permear as atividades legislativas.

Nesse sentido, já se manifestou esse C. Órgão Especial:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis Municipais nº 2.961, de 28-03-2006, nº 3.001, de 27-9-2006, e nº 3.077, de 5-10-2007, do Município de Campos do Jordão, que dispõem sobre desafetação e alienação de bens públicos – Incompatibilidade com os arts. 111, 117, 180, VII, da CE/89 e art. Art. 22, XXVI, da CF/88. 1 – A Constituição Estadual prevê como regra que as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados. As desafetações de vias públicas promovidas pelas leis impugnadas não estão contempladas pelas exceções previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do inciso VII do art. 180 da

5 ARE 1340483 AgR, Relator: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022.

Acesso ao Sumário

> CE/89. 2 – O art. 117 da CE/89 exige prévia licitação pública para que a Administração Pública possa transferir o domínio de bem imóvel público a terceiros. A necessidade de certame licitatório é uma decorrência lógica dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do interesse público, previstos no art. 111, da CE/89. 3 – Princípio da causa de pedir aberta**. Compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contração pública e aos Estados e Municípios suplementarem a legislação federal, no que couber, Art. 22, XXVI, e art. 24, § 1º da CF/88.** O Município de Campos do Jordão usurpou competência da União ao instituir nova hipótese de dispensa de licitação. 4 – Inconstitucionalidade reconhecida. Arguição procedente."
>
> (TJSP; Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0051597-47.2019.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Campos do Jordão – 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/11/2020; Data de Registro: 20/11/2020)

No que se refere à ausência de participação popular no planejamento urbanístico, razão assiste ao autor.

A Lei Municipal n. 2.862/2011 trata de concessão de direito real de uso dos bens públicos municipais às respectivas Associações de Moradores de Bairros, legalmente constituídas, em loteamentos aprovados na vigência da Lei Federal nº 6.766/1979 e, nesse passo, a referida participação é condição *sine qua non* à sua regularidade, consoante dispõe o artigo 180, inciso II, da Constituição Paulista:

> "**Artigo 180** – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:
>
> (...)
>
> **II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes**; (...)"

Ademais, explica o E. Desembargador Alex Zilenovsky que "a participação popular a que se referem as normas, é a participação direta, por meio de debates, conferências, audiências e consultas públicas, tendo em vista que a matéria tratada pelo direito urbanístico interfere diretamente no cotidiano dos munícipes, não sendo suficiente a participação indireta, consistente na aprovação de leis por meio dos representantes escolhidos pela população"[6].

Dessa forma, tendo em vista que não foi oportunizada a mencionada participação popular na elaboração da lei em estudo, verifica-se a sua incompatibilidade com a Constituição Paulista, que prevê expressamente a necessidade de um planejamento urbanístico democrático.

Acesso ao Sumário

6 TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2135811-34.2019.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/09/2019; Data de Registro: 12/09/2019.

Não é outro entendimento deste C. Órgão Especial:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 280, de 8 de abril de 2021, do Município de Guarujá. Supressão de dispositivo da Lei Complementar Municipal nº 156/2013 (Plano Diretor do Município), que tratava das zonas residenciais como sendo as correspondentes aos loteamentos com cláusulas restritivas em relação ao uso, **sem que tivesse ocorrido prévia participação popular**, além de fracionamento do plano diretor. **Inconstitucionalidade**. Violação aos artigos 180, incisos II e V, e 181, § 1º, ambos da Constituição Estadual. Ação direta de inconstitucionalidade procedente, com efeitos "ex tunc". Precedentes deste Órgão Especial.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2022043-28.2022.8.26.0000; Relator: Aroldo Viotti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 22/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022, g.n.)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.553, DE 09 DE AGOSTO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE ITAPEVA – MATÉRIA RELATIVA AO DESENVOLVIMENTO URBANO – NORMA QUE TRATA DO USO E PARCELAMENTO DO SOLO – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE ESTUDOS PRÉVIOS – GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR – ART. 180, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. 1. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes (art. 180, II, CE). 2. **Entendimento pacificado do E. Órgão Especial no sentido de que as leis que versam sobre uso e parcelamento do solo urbano devem ser precedidas de estudos técnicos e audiências públicas, garantida a participação da população e de entidades comunitárias.** 3. Lei nº 4.553, de 09 de agosto de 2021, do Município de Itapeva, que trata do desdobro de lotes em determinadas vias públicas da cidade. Projeto de lei apresentado, votado e aprovado sem planejamento e sem consulta à população. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 180, II, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade material. Ação direta procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2001053-16.2022.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/05/2022; Data de Registro: 12/05/2022, g.n.)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigos 4º, 15-A, 16 e 22-A da Lei n. 1.585, de 16 de abril de 2020, resultantes da Emenda Aditiva n. 01/2020 ao Projeto de Lei Complementar n. 1.736/2019, do Município de Onda Verde. Lei que condiciona a aprovação de projeto de loteamento urbano à edição de lei formal. (...) VÍCIO FORMAL DO

Acesso ao Sumário

PROCESSO LEGISLATIVO. Ocorrência. **Inobservada a necessária participação popular no processo de planejamento urbanístico. Vício insanável.** Violação ao artigo 180, inciso II, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2087610-74.2020.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 10/02/2021; Data de Registro: 16/02/2021, g.n.)

E ainda: TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2067520-45.2020.8.26.0000; Relator: João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 14/04/2021; Data de Registro: 16/04/2021.

Logo, inegável que a Lei Municipal n. 2.862/2011 padece de vício formal propriamente dito, dado o desrespeito às exigências do processo legislativo.

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** esta ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 2.862, de 2 de agosto de 2011, do Município de Porto Ferreira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2159198-73.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE POLONI e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE POLONI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.031)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

Acesso ao Sumário

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Tendo por objeto o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 1.826, de 26 de agosto de 2015 (fls. 17/23), do Município de Poloni, que "... dispõe sobre o sistema de Controle Interno do Poder Executivo Municipal, nos termos do artigo 31 da Constituição Federal de 1988, e Artigo 59 da Lei Complementar 101/2000".

Controlador Interno Municipal. Cargo de "controle técnico". Necessidade de "tecnicidade" e "profissionalismo". Inviabilidade de prever função gratificada para tal cargo. Tarefas, que, pela sua natureza, devem ser executadas com independência, serenidade e imparcialidade. Necessidade de investidura mediante concurso público. Inconstitucionalidade.

Procedência da ação, com ressalva.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto o **parágrafo único do art. 4º da Lei nº 1.826, de 26 de agosto de 2015**, do Município de **Poloni** (fls. 16/23), dispondo "... *sobre o sistema de Controle Interno do Poder Executivo Municipal, nos termos do artigo 31 da Constituição Federal de 1988, e Artigo 59 da Lei Complementar 101/2000*".

Sustentou, em resumo, ofensa aos arts. 37, incs. II e V, e 74, da Constituição Federal, e 35, 111, 115, incs. II e V, e 144, todos da Carta Paulista. Controle interno possui natureza técnica, devendo ser posto de provimento efetivo, não bastando a criação de função gratificada. Lei local que, ao conferir ao Chefe do Poder Executivo total liberdade na cessação da nomeação do servidor que estiver exercendo essa função, comprometeu a própria finalidade constitucional do Controle Interno. Daí a inconstitucionalidade (fls. 01/15).

Determinado o processamento (fls. 59), vieram informações da Procuradoria Geral do Estado (fls. 65/71), da Câmara Municipal (fls. 76/80) e do Prefeito Municipal de Poloni (fls. 91/97). Manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça (fls. 114/132).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. Procedente a ação, com ressalva.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto o **parágrafo único do art. 4º da Lei nº 1.186, de 26 de agosto de 2015** (fls. 17/23), do Município de Poloni, dispondo "*(...) sobre o sistema de Controle Interno do Poder Executivo Municipal, nos termos do artigo 31 da Constituição Federal de 1988, e Artigo 59 da Lei Complementar 101/2000*".

Com o seguinte teor os dispositivos impugnados:

"***Artigo 4º. O servidor responsável pelo Sistema de Controle Interno do Poder Executivo possuirão independência profissional para o desempenho de suas atribuições de controle dos órgãos e entidades que integram a Administração Municipal Direta e Indireta, em nível de complemento das ações públicas, com objetivo de executar as atividades de controle, alicerçado na realização de auditorias, com as finalidades previstas no artigo 74 da Constituição Federal e conforme as disposições da L.C. 101/2000.***

I – verificar a regularidade da programação orçamentária, financeira avaliando o cumprimento das metas previstas nas leis orçamentárias, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia, eficiência, economicidade e efetividade da gestão orçamentária, financeira e patrimonial;

III – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional;

IV – examinar a escrituração contábil e a documentação a ela correspondente;

V – examinar as fases de execução da despesa, inclusive verificando a regularidade das licitações e contratos, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade;

VI – exercer o controle sobre os créditos adicionais sobre como a conta de restos a pagar e de despesas de exercícios anteriores;

VII – supervisionar as medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos artigos 22 e 23 da Lei nº 101/2000, caso haja necessidade;

VIII – realizar o controle dos limites e das condições para a inscrição de Restos a Pagar processados ou não;

IX – acompanhar, para fins de posterior registro no Tribunal de Contas do Estado, os atos de admissão de pessoal, a qualquer título, executadas as nomeações para cargo de provimento em comissão e

Acesso ao Sumário

designações para função gratificada;

X – verificar os atos de aposentadoria se houver, para posterior registro no Tribunal de Contas;

XI – realizar outras atividades de manutenção e aperfeiçoamento do sistema de controle interno, inclusive quando da edição de leis, regulamentos e orientações.

Parágrafo único. Para atendimento dos serviços de responsabilidade da Coordenadoria do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, fará jus ao empregado público municipal efetivo nomeado, à gratificação a ser fixada por lei. (grifei e destaquei)

Sustentou o autor, em síntese, a necessidade do exercício das funções por servidor efetivo, uma vez que o ato normativo comprometeu a própria finalidade constitucional do Controle Interno, pelo fato de o servidor não deter a necessária independência para o exercício do mister. Além disso, inviável a delegação da fixação da gratificação.

Com razão.

Quanto à função de "Controlador Interno Municipal" – art. 4º da Lei nº 1.186/15.

A **Lei nº 1.186/15** instituiu, no Município de Poloni, o **Sistema de Controle Interno (art. 1º)** – *com descritivo de conceitos (art. 2º) e objetivos (art. 3º)* – administrado por um servidor controlador ou coordenador – **art. 5º** (fls. 17/19).

Para execução de serviços inerentes ao Sistema de Controle Interno, além de ficar por ele responsável, criada a função de *"Controlador ou Coordenador"*, a ser ocupada por servidor ou "*... empregado público municipal efetivo nomeado ...*" (grifei – **art. 4º, parágrafo único da Lei nº 1.186/15**).

Contudo, por ser cargo de **"controle técnico"** – incumbido de promover a "*... avaliação da ação governamental e da Lei de Responsabilidade e gestão fiscal dos administradores, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto a legalidade, legitimidade, transparência, publicidade e economicidade...*" (**art. 3º** da **Lei nº 1.186/15**) –, **indispensável** seja isso feito com "tecnicidade" e "profissionalismo".

Por essa razão, desarrazoada a criação de **função gratificada** para o cargo de "Controlador" ou "Coordenador", podendo resultar em conflito de interesse entre "nomeante" e "nomeado", com prejuízo ao exercício de tarefas, que, pela sua natureza, devem ser executadas com **as finalidades previstas no artigo 74 da Constituição Federal e conforme as disposições da LC 101/2000** (**caput do art. 4º** da **Lei nº 1.186/15**).

Daí, a necessidade de investidura mediante **concurso público**, em cargo

Acesso ao Sumário

de provimento efetivo – **arts. 37**, **II**, da **CF** e **115**, **II**, da **CE**.

Assim decidiu o **C. STF**, em caso análogo:

"*... o cargo de* ***Controlador Interno*** *desempenha* ***funções de natureza técnica****, para cuja realização* ***não se faz necessária prévia relação de confiança entre a autoridade hierarquicamente superior e o servidor nomeado, que justifique a contratação por meio de provimento em comissão ou função de confiança****, eis que ausente, na hipótese, qualquer atribuição de comando, direção, chefia ou assessoramento.*" (destaquei e grifei – RE nº 1.264.676/SC – j. de 08.06.20 – Rel. Min. **ALEXANDRE DE MORAES**).

No mesmo sentido, precedentes deste **C. Órgão Especial**:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressões '****atribuição exclusiva de servidor de carreira designado em função de confiança****', constante no caput do artigo 20 e '****Controlador Interno****', constante nos Anexos I e III da Lei Complementar nº 552, de 20 de fevereiro de 2020, do Município de Campo Limpo Paulista –* ***Cargo de 'Controlador Interno', de função de confiança, cujas atribuições não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, mas a atividades burocráticas e técnicas*** *– Relação de confiança não evidenciada – Violação aos artigos 111 e 115, incisos II e V, ambos da Constituição do Estado de São Paulo – Tema, ademais, objeto de julgamento nos autos da Repercussão Geral 1.010 (RE 1.041.210), em que o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que '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' (leading case) – Julgamentos reiterados desta Corte – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, com modulação dos efeitos, aplicando-se o prazo de 120 dias.*" (destaquei e grifei – ADIn nº 2.236.151-15.2021.8.26.0000 – p.m.v j. de 23.03.22 – Rel. Des. **ELCIO TRUJILLO**)

"*Direta de Inconstitucionalidade. Autor, o Procurador-Geral de Justiça. Ação proposta em face dos artigos 4º e 5º da lei municipal n. 3.153, de 19/3/2014.* ***Criação e provimento de cargos de coordenador e outros dois postos de trabalho vinculados à Controladoria Interna local.*** *Existência de v. precedente do colendo STF, RE 1.264.676/SC, a ser seguido por conta de expressa invocação pelo autor, ausente razão para julgamento diverso da orientação firmada pelo Excelso Pretório, nos moldes dos artigos 93, IX da Constituição Federal e 489, § 1º, VI do novo Código de Processo Civil, 'verbis', voto do e. Ministro Alexandre de Moraes: '(...) considerando a natureza técnica do cargo de Controlador*

Interno criado pela Lei Complementar 22, de 3 de abril de 2017, do Município de Belmonte – SC, mostra-se inconstitucional sua investidura por meio de provimento em comissão ou função gratificada, sendo necessária, portanto, a observância da orientação prevista no art. 37, II da Constituição Federal, segundo a qual 'a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei'(...)'. ***Imprescindibilidade do reconhecimento das ferramentas funcionais que garantam a maior eficácia possível para o exercício da Controladoria Interna, para o que indispensável preservar a independência daqueles que haverão de realizar tal mister. Dispositivos, ademais, que não trouxeram exato rol de funções para os respectivos cargos, inviável confundi-los com as finalidades e competências reservadas para o órgão em si, o 'Sistema de Controle Interno'****. Violação dos artigos 24, § 2º, I; 35, III; 111 e 115, II e V c.c. 144, todos da Constituição Estadual. Ação procedente, sem modulação.*" (destaquei e grifei – ADIn nº 2.238.648-02.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 09.03.22 – Rel. Des. **COSTABILE E SOLIMENE**).

Assim também já decidi: ADI nº 2.273.979-45.2021.8.26.0000 – v.u. 18.05.22.

Enfim, de rigor o acolhimento do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos **art. 4º, parágrafo único,** da **Lei nº 1.186, de 26 de agosto de 2015**, por afronta aos **arts. 35, 111, 115, incs. II e V, e 144, da Constituição Estadual.**

Desnecessária qualquer modulação. **Ressalva-se** apenas a não repetição dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente a ação, com ressalva.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2283599-81.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITU e PRESIDENTE DA CÂ-

Acesso ao Sumário

MARA MUNICIPAL DE ITU.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Agravo interno – Decisão agravada que suspendeu o cumprimento da liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade – Informações prestadas pela Municipalidade no sentido de que houve a edição do Decreto Municipal n. 3.808, de 03 de janeiro de 2022 que regulamentou a gratificação Função Saúde e o Prêmio Produtividade – Ofensa, ao menos em tese, ao princípio da legalidade – Impossibilidade de repetição eventual aos cofres públicos dos valores pagos com fulcro na decisão – Decisão reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Cuida-se de agravo interno interposto pelo Procurador-Geral de Justiça em face da decisão monocrática de fls. 1.235 que suspendeu, em decisão de reconsideração, o cumprimento da liminar concedida na ação direta de inconstitucionalidade.

Argumenta que a edição do Decreto Municipal n. 3.808, de 31 de janeiro de 2022 não soluciona a incongruência apontada na correta compreensão da natureza e finalidade do pagamento da verba. Aduz não se admitir, em face do princípio da legalidade, a fixação do valor de vantagem pecuniária por ato in-

fralegal mediante delegação, pois os elementos essenciais da remuneração "lato sensu" dos servidores públicos demanda reserva de lei formal, segundo os artigos 5º, 24, § 2º, 1, 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo. Alega que a modulação dos efeitos da decisão de mérito – exonerando os beneficiários das normas impugnadas de repetição dos valores percebidos – em prol da segurança jurídica, não impedirá que subsista a perda de recursos do erário durante o curso da ação. Aduz que as gratificações foram conferidas em desacordo com os parâmetros constitucionais, sobretudo em momento pandêmico em que se impõe a utilização racional de recursos públicos. Alega que o "fumus boni iuris" está suficientemente comprovado.

Contraminuta às fls. 12/26.

É o relatório.

Verifica-se dos autos que o D. Procuradoria Geral de Justiça ajuizou ação direta buscando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 27, 28 e 29 da Lei Municipal n. 1.408 de 16 de dezembro de 2011, que preveem gratificações pelo exercício das atividades de saúde, bem como os artigos 212, 213, 214 e 224 da Lei Municipal n. 2.060 de 02 de janeiro de 2019, que preveem a concessão das Funções de Confiança Gratificadas (FCG) e Funções Comissionadas de Gratificação ("Função Saúde") e do prêmio de produtividade, ambas do Município da Estância Turística de Itu.

A decisão de fls. 1136/1139 proferida pelo D. D. relator Torres de Carvalho concedeu em parte a liminar para suspender a eficácia, no que se refere ao artigo 212, apenas da expressão "Funções Comissionadas de Gratificação", denominadas "Função Saúde", e do artigo 214, ambos da Lei Municipal n. 2.060/2019, até o julgamento final do feito.

Após informações prestadas pelo Prefeito da Estância Turística de Itu, foi proferida decisão reconsiderando a decisão de fls. 1136/1139, itens 3, 4 e 5 (fls. 1235) para afastar a suspensão liminar antes concedida, insurgindo-se o autor da presente ação contra tal decisão.

Respeitada a convicção do Desembargador que ensejou a reconsideração da decisão liminar, ora impugnada, assiste razão ao "Parquet", devendo o agravo interno ser acolhido nesta oportunidade.

Em que pesem as informações prestadas pela Municipalidade de que o advento do Decreto Municipal n. 3.808, de 03 de janeiro de 2022 regulamentou a gratificação Função Saúde e o Prêmio Produtividade e os critérios para o pagamento das gratificações, em sede de cognição sumária, única permitida nesta oportunidade, não se admite a fixação de valor de vantagem pecuniária por ato infralegal.

Como se sabe, ao menos em tese, a fixação do valor da remuneração "lato sensu" dos funcionários públicos demanda reserva de lei formal, nos moldes do

Acesso ao Sumário

disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, 1, 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo.

Salienta-se que, em análise perfunctória, a manutenção da decisão agravada enseja o pagamento mensal dos benefícios por parte do Município, valores que dificilmente serão reembolsados aos cofres públicos na hipótese de declaração de inconstitucionalidade dos atos impugnados, em nome do princípio da boa-fé. Por outro lado, caso seja reconhecida a constitucionalidade das normas, os beneficiados poderão, ao menos em tese, receber as quantias retroativamente.

Portanto, presente o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora" que ensejam a manutenção da liminar concedida às fls. 1136/1139, com a reforma da decisão agravada.

Em face do exposto, pelo voto, Dá-se provimento ao agravo interno.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0033355-35.2022.8.26.0000, da Comarca de Buritama, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, interessados FRANCIS MARTA DORTE ROZANTE e MUNICÍPIO DE BURITAMA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.637)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, VICO MAÑAS e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 30 de novembro de 2022.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL – Art. 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 179/2019, do Município de Buritama – Irredutibilidade de subsídios – Órgão fracionário que não se pronunciou especificamente sobre o dispositivo supostamente inconstitucional **– Insatisfação da exigência positivada no art. 949, II, do CPC – Precedentes deste C. Órgão Especial e do E. STJ. Incidente não conhecido, com determinação.**

VOTO

Vistos.

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível suscitado pela C. 5ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, contra o art. 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 179/2019, do Município de Buritama, que elevou a carga horária da servidora Francis Marta Dorte Rozante, ora interessada, sem, contudo, aumentar seus vencimentos.

A r. sentença a fls. 84/90, devidamente aclarada a fls. 46/48, julgou parcialmente procedentes os pedidos, a fim de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do referido dispositivo, condenando o Município a indenizar as horas já trabalhadas, devendo os valores serem apurados em liquidação.

Da sentença apelou a ré (fls. 92/107), recurso devidamente contrariado (fls. 115/123 e 151/161).

Em v. Acórdão, o órgão fracionário destacou que a discussão dos autos envolve suposta violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, insculpido na Constituição Federal e, já havendo pronunciamento deste C. Órgão Especial em casos supostamente da mesma pertinência temática, invocou a cláusula de reserva de plenário e suscitou o presente incidente (fls. 170/176).

Intimados, os interessados se manifestaram.

A Municipalidade de Buritama pugnou pela rejeição do incidente, alegando a constitucionalidade do dispositivo em questão (fls. 183/193), ao passo que Francis Marta Dorte Rozante insistiu na inconstitucionalidade da norma, apresentando, ainda, prequestionamento da matéria e oposição ao julgamento virtual, dado seu interesse em sustentar oralmente (fls. 196/205).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Ilustre Subprocurador-Geral de Justiça Wallace Paiva Martins Júnior, opinou pelo não conhecimento do incidente e, caso conhecido, pelo seu acolhimento (fls. 209/214).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O presente incidente não comporta conhecimento.

Como se sabe, o controle difuso, concreto ou incidental de constitucionalidade é aquele exercido diante de uma demanda específica levada à apreciação judicial com o escopo de, sob o pano de fundo de alegada inconstitucionalidade de uma norma, garantir a proteção de algum direito subjetivo.

In casu, trata-se de demanda que envolve redução de subsídios de servidora pública em razão de dispositivo de Lei Complementar Municipal supostamente inquinado de inconstitucionalidade.

O exercício de tal controle, porém, deve observar as diretrizes traçadas pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil.

Vale dizer, estabelece a Lei Maior em seu art. 97 a conhecida cláusula de reserva de plenário, conforme a qual *"Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público"*.

Nessa esteira, a Lei Processual Civil preconiza que: *"Art. 949. Se a arguição for: I – rejeitada, prosseguirá o julgamento; II – acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver"*.

A conjugação dos supracitados comandos permite sintetizar a sistemática do controle incidental de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais da seguinte forma: o órgão fracionário, a quem é dirigida a matéria fática deve se manifestar especificamente sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma na qual se pauta a causa de pedir e, neste último caso, remeterá os autos à apreciação pelo Órgão Especial da Corte, ao qual cumprirá decidir, em última análise, pela constitucionalidade ou não; após, os autos tornarão à Câmara para decisão em concreto.

No entanto, a C. 5ª Câmara de Direito Público não acolheu a inconstitucionalidade, nem reafirmou a constitucionalidade da norma, remetendo os autos a este C. Órgão Especial como uma forma de consulta, o que não se deve admitir, porque estranho ao regramento próprio do incidente, que exige, repise-se, o enfrentamento pelo Órgão fracionário da tese suscitada pela parte.

Acesso ao Sumário

A respeito do tema, inúmeros são os precedentes deste C. Órgão Especial, mas para se evitar enfadonha repetição, traz-se à colação alguns dos mais recentes julgados:

> *"Incidente de arguição de inconstitucionalidade – Lei nº 7.594/2017, do Município de Guarulhos – Majoração da alíquota de ISS de 2% para 5% – Reserva de plenário – Constituição Federal, art. 97 – Afetação ao plenário do Tribunal, ou ao seu Órgão Especial, que depende do acolhimento da arguição de inconstitucionalidade pela Câmara ou Turma julgadora – Código de Processo Civil, art. 949, inciso II – Precedentes – Situação concreta – Inexistência de juízo prévio acerca da constitucionalidade da*

norma impugnada – Incidente não conhecido". (TJSP; Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0025482-81.2022.8.26.0000; Rel. Ademir Benedito; Órgão Especial; Data do Julgamento: 26/10/2022).

"1. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. art. 5º da Lei complementar n° 103/2019 do Município de Cubatão. 2. Inexistência de pronunciamento específico da câmara a respeito da suposta inconstitucionalidade da norma. 3. necessidade do exame prévio à remessa da questão para o órgão especial. 4. incidente não conhecido, com determinação". (TJSP; Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0031033-42.2022.8.26.0000; Rel. Campos Mello; Órgão Especial; Data do Julgamento: 19.10.2022).

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 2º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 398/13, do Município de São José do Rio Preto, que disciplina o recolhimento de valores ao Fundo Municipal de Infraestrutura. Hipótese em que a Câmara Suscitante aventou a necessidade de verificação da constitucionalidade dos dispositivos legais, sem, contudo, apontar a suposta inconstitucionalidade. Impossibilidade. Incidente que não se presta a consulta a respeito da validade dos atos normativos. Necessidade de indicação dos dispositivos constitucionais supostamente violados e das razões de inconstitucionalidade, a justificar o acolhimento do incidente. Precedentes. Arguição de inconstitucionalidade não conhecida". (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0028444-48.2020.8.26.0000; Rel. Moacir Peres; Órgão Especial; Data do Julgamento: 27/01/2021; Data de Registro: 04/02/2021).

Também assim já se manifestou o E. Supremo Tribunal Federal:

"A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Doutrina. Jurisprudência. – A inconstitucionalidade de leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado), quer em sede de controle incidental (método difuso), pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial. Precedentes. – Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em conseqüência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo

Acesso ao Sumário

97 da Constituição da República. ***Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno.*** [...]" (Rcl 25199/SC, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. em 03/11/2016, sem destaque no original).

Enfim, incognoscível o presente incidente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço do incidente de arguição de inconstitucionalidade e determino a remessa dos autos à C. Câmara suscitante.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0033015-91.2022.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é suscitante 10ª CÂMARA DE DIREITO PÍBLICO, é suscitada 27ª 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 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.309)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊN-

CIA. Apelação interposta contra sentença proferida em ação de cobrança de aluguéis.

A autora (particular) alega que a ré (Prefeitura de Carapicuíba) está inadimplente com o pagamento dos aluguéis de sua propriedade. Requereu o pagamento das parcelas, acrescida de juros e correção monetária.

O apelo inicialmente foi distribuído a 27ª Câmara de Direito Privado, que declinou da competência por entender se tratar de matéria de Direito Público.

A 10ª Câmara de Direito Público recebeu os autos e suscitou conflito negativo de competência, sob o argumento de "o contrato de locação firmado entre o Município e a proprietária do imóvel é um 'contrato da administração', regido, preponderantemente, pelas regras de direito privado".

Competência da Seção de Direito Privado para as ações que discutem o contrato de locação celebrado entre as partes, alheios aos ditames do processo licitatório. Inteligência do artigo 5º, III.6, da Resolução TJSP nº 623, de 16.10.2013.

Conflito procedente para determinar o encaminhamento dos autos à 27ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 10ª Câmara de Direito Público, em apelação interposta contra sentença proferida em ação de cobrança de aluguéis.

À exordial da ação de cobrança de aluguéis a autora (particular) alega que a requerida (Prefeitura de Carapicuíba) está inadimplente com o pagamento dos aluguéis de sua propriedade desde janeiro de 2021, tendo sido devidamente notificada em fevereiro do mesmo ano. Requer o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, acrescida de juros e correção monetária.

O apelo (f. 52/58) inicialmente foi distribuído a 27ª Câmara de Direito Privado, que declinou da competência por entender se tratar de matéria de Direito Público.

A 10ª Câmara de Direito Público recebeu os autos e suscitou conflito negativo de competência, sob o argumento de "o contrato de locação firmado entre o Município e a proprietária do imóvel é um 'contrato da administração', regido, preponderantemente, pelas regras de direito privado".

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O conflito de competência procede, sendo responsável pelo julgamento da apelação a 27ª Câmara de Direito Privado, órgão suscitado.

Conforme preconiza o art. 103 do Regimento Interno[1], **a competência é firmada "pelos termos do pedido inicial". Ou seja, a competência em grau de recurso é fixada pelos elementos objetivos da demanda.**

A ação foi proposta visando o recebimento de aluguéis vencidos e não pagos pela Prefeitura de Carapicuíba, contrato firmado diretamente com a particular e regido pelas regras do direito privado.

A sentença de f. 49/50 julgou procedente a ação para *"condenar a parte requerida a pagar os meses vencidos em atraso do aluguel mensal devido à autora, até que esteja em dia com suas obrigações, ou até eventual rescisão do contrato, ou desocupação do imóvel, corrigidos desde a data dos respectivos vencimentos"*.

A apelação da Municipalidade visa a reforma da sentença no tocante ao indexador e percentual aplicado.

A competência recursal deve ser definida com base no art. 5º, III.6, da Resolução TJSP nº 623, de 16.10.2013, que prevê:

"Art. 5º

[...]

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

[...]

III.6 – Ações e execuções relativas a locação de bem móvel ou imóvel;

Competência da Seção de Direito Privado para as ações que discutem o contrato de locação celebrado entre as partes, alheios aos ditames do processo licitatório, de modo que prevalece a natureza jurídica privada do contrato de locação.

Nesse sentido precedente deste C. Órgão Especial:

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de despejo por falta de pagamento fundada em contrato de locação celebrado entre particular e o Município de Sumaré – Competência recursal que se orienta pelo pedido principal (artigos 103 e 104 do RITJ) – **Celebração que não resultou de processo licitatório, mas da sua dispensa, atraindo o preceito do artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei 8.666/93 que determina sua submissão às normas regentes do Direito Privado**, e, portanto, da Lei do Inquilinato (8.245/91) – **Aplicação da hipótese do item III.6 do artigo 5º da Re-**

Acesso ao Sumário

1 Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.

solução 623/2013 – Competência afeta à Subseção 3 de Direito Privado – Precedentes – Conflito acolhido, fixada a competência da 29ª Câmara de Direito Privado, suscitada.*. *(TJSP; Conflito de competência cível 0001369-63.2022.8.26.0000; Relator: Jacob Valente;* Órgão Julgador: Órgão Especial; Comarca de Sumaré; Data do Julgamento: 23.02.2022). (*gn)*

Em se tratando de contrato de locação celebrado entre particular e o Município, alheio aos requisitos licitatórios, impõem-se o ditame das normas de direito privado e o recurso deverá ser apreciado pelo órgão suscitado, 27ª Câmara de Direito Privado.

Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito de competência**, para determinar o encaminhamento dos autos ao órgão suscitante, 27ª Câmara de Direito Privado, para apreciação da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência Cível nº 0026309-92.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante COLENDA 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada COLENDA 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. AROLDO VIOTTI E JARBAS GOMES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.063)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Causa de pedir fundada em inadimplemento contratual. Demanda relacionada ao descumprimento de contrato de compartilhamento de postes de rede de distribuição de energia elétrica. Competência da Subseção de Direito Privado III (art. 5º, incs. III e III.14, da Resolução nº 623/13 do TJSP). Conflito procedente, reconhecida a competência da 30ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 11ª Câmara de Direito Público em face da C. 30ª Câmara de Direito Privado nos autos do agravo de instrumento nº 2025191-47.2022.8.26.0000 contra decisão que, em procedimento de tutela antecipada de caráter antecedente, deferiu tutela de urgência para determinar que a agravante *EDP São Paulo Distribuição de Energia S.A.* se abstenha de retirar de seus postes quaisquer equipamentos da agravada *Vem Telecomunicações do Brasil EIRELI*, instalados nos pontos de fixação objeto do contrato de compartilhamento de infraestrutura pactuado entre as partes.

Os autos foram inicialmente distribuídos à C. 30ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos para redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, nos termos do v. Acórdão de fls. 98/105, ao argumento de que a ação "não versa sobre prestação de serviços de energia elétrica entre concessionária e usuário, mas sim sobre responsabilidade civil do Estado, na qual se compreendem as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionária de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, qual seja, a instalação, alegadamente equivocada, da rede de transmissão de energia elétrica".

Redistribuídos os autos, a C. 11ª Câmara de Direito Público suscitou conflito de competência (fls. 114/120), argumentando, em suma, que "a matéria referente a ações relacionadas ao compartilhamento de postes de rede de distribuição de energia elétrica é de competência recursal da Seção de Direito Privado", pois a "relação existente entre as partes rege-se pelo regime jurídico de direito privado, não pelo regime afeito aos contratos administrativos, de maneira que o processo em exame não é de interesse público".

É o relatório.

Entendo que o conflito deve ser julgado procedente, competente a Câmara suscitada.

Anoto que o recurso interposto pela agravante alega, em síntese, que a agravada está utilizando sua infraestrutura sem efetuar o pagamento relativo ao

Acesso ao Sumário

uso compartilhado de postes, descumprindo o contrato firmado entre as partes e acarretando a extinção antecipada de referido contrato, postulando a reforma da decisão proferida pelo Juízo *a quo*, para que seja negada a tutela de urgência antecipada postulada pela agravada em primeiro grau.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial. E, do exposto nos autos, verifico que se trata de demanda relativa a eventual descumprimento de contrato de compartilhamento de uso e ocupação de postes da infraestrutura da *EDP São Paulo Distribuição de Energia S.A.*, concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, pela empresa *Vem Telecomunicações do Brasil EIRELI*, conforme cópias de fls. 37/69.

Assim, como destacado no V. acórdão da C. Câmara suscitante, que colaciona precedentes de ações semelhantes julgadas pelas Câmaras de Direito Privado desta Corte, a questão principal envolve relação entre as partes regida pelo regime jurídico de direito privado, visto que o conflito de interesses decorre de relação contratual, e não pelo regime de contratos administrativos, inexistindo interesse público no processo em tela.

Desse modo, tratando-se de demanda relativa a ações sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes, incide, no caso em tela, o art. 5º, incs. III e III.14, da Resolução nº 623/13 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

III.14 – Ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes."

A competência, portanto, é da Câmara suscitada, integrante da Subseção de Direito Privado.

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, destaco as seguintes ementas deste C. Órgão Especial:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de Instrumento tirado de decisão interlocutória prolatada em ação de revisão de contrato de cessão de área aeroportuária, celebrado entre a concessionária e pessoas jurídicas de direito privado que exploram atividades econômicas dentro do complexo aeroportuário – Análise revisional restrita ao contrato de cessão onerosa entre as partes, sem envolver o contrato de concessão entre a concessionária e o Poder concedente – Cláusula expressa nos contratos revisandos que excepciona a aplicação da Lei de Locações (8.245/91),

mas qualifica a cessão onerosa entre pessoas de direito privado – Aplicação dos preceitos do artigo 25, § 2º, da Lei 8.987/95 e Súmula 73 deste Tribunal de Justiça – Precedentes análogos deste Órgão Especial e da Câmara Especial, esta envolvendo a mesma discussão entre juízos de primeiro grau – Competência comum às Subseções de Direito Privado, na forma do artigo 5º, § 3º, da Resolução 623/2013, com a redação dada pela de nº 813/2019 – Conflito acolhido, fixada a competência da 28ª Câmara de Direito Privado, suscitada." (Conflito de Competência Cível nº 0021771-39.2020.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Jacob Valente, j. em 19/08/2020).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Compromisso de venda e compra – Companhia Energética de São Paulo – CESP – Pedido de rescisão contratual cumulado com reintegração de posse e cominação de pena pecuniária fundado no inadimplemento dos compradores – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 8ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu dos recursos – Autos redistribuídos a 10ª Câmara de Direito Público, que não conheceu dos recursos e suscitou conflito de competência – **Discussão que não se encontra diretamente relacionada à atividade-fim da autora (concessão do serviço público), nem tampouco sobre questão atinente à ocupação de bem público, mas sim de descumprimento de contrato firmado entre as partes, de natureza privada** – Matéria de competência recursal da 8ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 8ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos." (Conflito de Competência Cível nº 0035316-04.2016.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. em 22/02/2017, grifei).

Diante do exposto, competente a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado (suscitada), julgo procedente o presente conflito de competência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0031027-35.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante TURMA DA FAZENDA PÚBLICA DO COLÉGIO RECURSAL DE CAMPINAS, são suscitados 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO e G.A.L.V.

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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.560)**

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, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência instaurado entre a Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal de Campinas e a C. 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça – Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais promovida em face do Município de Paulínia – Litisconsórcio ativo facultativo – Valor da causa individualmente considerado de parte dos requerentes que supera o limite legal de 60 (sessenta) salários mínimos – Feito que tramitou perante a Vara Comum de Paulínia, que não possui Juizado Especial da Fazenda Pública e tampouco Vara especializada da Fazenda Pública – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo).

VOTO

Conflito negativo de competência suscitado pela Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal de Campinas em face da C. 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça, nos autos da apelação nº (...), oriunda de ação de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais promovida por servidores públicos (médicos) em face do Município de Paulínia.

De um lado, a i. Rel. Silvia Meirelles da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, para a qual foi originariamente distribuído o recurso, dele não conheceu por decisão monocrática (fls. 1.592/1.598), determinando a remessa dos autos à 8ª C.J. de Campinas, que engloba a Comarca de

Acesso ao Sumário

Paulínia, sob o argumento de que o valor atribuído à causa (R$ 10.000,00) atrai a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública para julgamento da lide, nos termos do artigo 2º da Lei n.º 12.153/2009.

Por sua vez, a C. Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal de Campinas, por v. aresto da lavra do i. Rel. Sérgio Araújo Gomes (fls. 1.636/1.643), discordando desse posicionamento, suscitou o presente conflito negativo de competência, aduzindo que o Colegiado não possui competência para processar e julgar recurso oriundo de processo que tramitou perante o juízo comum, argumentando, em complementação, que o pedido de alguns autores supera os 60 (sessenta) salários-mínimos.

Devidamente intimadas para se manifestarem, as partes quedaram-se silentes (fl. 1.661).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da 6ª Câmara de Direito Público.

É o relatório.

1) Ressalto, inicialmente, que conforme dispõe o artigo 200 do Regimento Interno desta Corte, o conflito negativo de competência, a rigor, só se perfaz no caso de ambos os órgãos fracionários terem declinado do exame do recurso, mostrando-se insuficiente, destarte, a manifestação monocrática da i. Relatora da 6ª Câmara de Direito Público.

Sucede que as particularidades do caso recomendam o abrandamento desta regra, como tem ocorrido em situações análogas, em prestígio aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, consoante precedentes deste C. Órgão Especial: Conflito de competência n.º 0036180-20.2020.8.26.0000; Rel. Des. Márcio Bartoli; Conflito de Competência nº 0072679-13.2014.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro; Conflito de Competência nº 0019205-30.2014.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos; Conflito de Competência nº 0002884-12.2017.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira; e Conflito de Competência nº 0050161-24.2017.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli.

Acesso ao Sumário

2) No mais, a meu ver, assiste razão ao órgão fracionário suscitante.

Trata-se de ação declaratória cumulada com indenização por danos morais promovida pelos autores, médicos servidores públicos, em face do Município de Paulínia, sob o argumento de que estariam sendo obrigados a ressarcir o erário público por receberem, nos anos de 2015 e 2016, salário acima do teto remuneratório previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, em razão do pagamento de horas extras devidas pela prestação de serviços médicos ao Município em jornada de trabalho superior à originariamente contratada.

Pleitearam, então, a inexigibilidade dos débitos e a consequente retirada de seus dados da dívida ativa, além de indenização por danos morais no importe

de R$ 5.000,00 para cada autor.

Com efeito, os Juizados Especiais da Fazenda Pública são disciplinados pela Lei nº 12.153/2009, incumbindo-lhes processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos, sendo absoluta a competência no foro onde estiver instalado (artigo 2º, *caput* e § 4º):

> Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.
>
> § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:
>
> I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;
>
> II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
>
> III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.
>
> § 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no caput deste artigo.
>
> § 3º (VETADO)
>
> § 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

E nos locais onde em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública, o Provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 2.203/2014 designou as seguintes Varas/Anexos para cumular as funções do JEFAZ:

> "Art. 8º. Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:
>
> I – as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;
>
> II – as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;
>
> III – os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento".

Acesso ao Sumário

No caso, a solução da presente controvérsia reclama a análise do disposto no artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, que estabelece que "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la", tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido, a esse respeito, 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).

Embora o valor atribuído à causa (R$ 10.000,00 em 28.10.2019 – fls. 24/25), a princípio, atraísse a competência da Turma Recursal para julgamento da apelação, nos termos do que dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.153/2009, o proveito econômico almejado por parte dos autores na inicial, ainda que individualmente considerado, supera o limite legal de competência do Sistema dos Juizados Especiais.

Vale lembrar que "em se tratando de litisconsórcio ativo facultativo, a fixação da competência dos Juizados Especiais deve observar o valor de cada autor, individualmente, e não o valor global da demanda" (AgInt. no AREsp. n.º 1.983.344/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 30/5/2022).

E, na hipótese, os autores pretendem a declaração de inexigibilidade do débito inscrito no cadastro da dívida ativa, além de indenização de R$ 5.000,00 para cada.

Considerando, portanto, que à época da propositura da ação o salário mínimo correspondia a R$ 998,00 e o limite do Sistema dos Juizados Especiais era de R$ 59.880,00, o proveito econômico de alguns requerentes supera o montante de 60 (sessenta) salários mínimos, o que afasta a competência do Juizado Especial (M.B.C. – proveito econômico = R$ 78.701,83 fl. 94; L.T.C. – proveito econômico = R$ 96.008,72 fl. 108; G.A.L.V. – proveito econômico = R$ 64.154,52 fl. 113).

Logo, a C. 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo detém competência recursal para julgamento do recurso, mesmo porque o artigo 39 do Provimento n.º 2.203/2014 do Conselho Superior da Magistratura estabelece que "o Colégio Recursal é o órgão de segundo grau de jurisdição do Sistema dos Juizados Especiais e tem competência para o julgamento de recursos cíveis, criminais e da Fazenda Pública oriundos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais", o que aqui não se verifica já que a ação foi julgada pela 1ª Vara do Foro da Comarca de Paulínia, que não conta com Vara da Fazenda Pública.

Acesso ao Sumário

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial:

"Conflito negativo de competência. Paulínia. Ação de cobrança.

Recurso inominado cível distribuído à 13ª Câmara de Direito Público, cujo relator, entendendo pela incompetência daquela Câmara, dele não conheceu. Autos redistribuídos à Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal de Campinas, que também não conheceu do recurso e suscitou o conflito negativo de competência. Pedido ilíquido. Proveito econômico pretendido que supera o limite legal do Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Competência recursal que deve ser definida com base no art. 3º, I.7, da Resolução TJSP n. 623/2013. Conflito procedente. Competência da 13ª Câmara de Direito Público, suscitada" (Conflito de competência n.º 0035593-95.2020.8.26.0000; Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez; j. 11.11.2020).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Tratamento médico. Ação ajuizada inicialmente perante o Juizado Especial, com posterior redistribuição à Vara Cível de Batatais, em razão de decisão aferindo proveito econômico anual superior a 60 salários mínimos. Juízo Cível que, aceitando a competência, apreciou o pedido de liminar, proferindo a decisão objeto do agravo de instrumento. Competência recursal que, nesse caso, é atribuída a 11ª Câmara de Direito Público, nos termos do artigo 3º, I.7, da Resolução n. 623/2013, mesmo porque o Colégio Recursal não poderia exercer a revisão de decisão proferida por juiz que não integra o Sistema dos Juizados Especiais. Conflito procedente. Competência da 11ª Câmara de Direito Público" (Conflito de competência n.º 0018420-58.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 22.07.2020).

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Câmara suscitada (6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo) para a qual deverão ser remetidos os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0034335-79.2022.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, interessados LEANDRA MARQUES e CENTRO EDUCACIONAL MONTE CASTELO, é suscitada 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 35.026)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, CAMILO LÉLLIS, 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, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – Pretensão de emissão de certificado de conclusão de curso supletivo e histórico escolar válidos – Obrigação de natureza contratual, ausente discussão sobre regras ou diretrizes de ensino, nem sobre critério administrativo, disciplinar ou didático – Inteligência do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013 – Competência da Seção de Direito Privado para ações que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da C. 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da apelação nº 1001624-98.2021.8.26.0271, oriunda de ação de obrigação de fazer ajuizada em face de instituição de ensino, pleiteando a emissão de certificado de conclusão e histórico escolar válidos.

A 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do recurso que lhe foi originalmente distribuído, determinando a redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, por se tratar de "ação relativa a ensino em geral", prevista na hipótese de competência estabelecida no artigo 3º, inciso I, item I.6, da Resolução nº 623/2013, entendendo não restar configurada a ressalva prevista no § 1º do artigo 5º para a hipótese em que

Acesso ao Sumário

a ação tem por objeto o cumprimento de obrigação contratual pela instituição de ensino.

A 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, suscitou o presente conflito negativo de competência, asseverando que a causa de pedir se refere à observância dos termos do contrato de prestação de serviços escolares celebrado entre as partes, não tendo por objeto qualquer controvérsia a respeito do critério didático-científico ministrado. Assim, incidiria a regra do art. 5º, § 1º da Resolução nº 623/2013 do C. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, que estabelece a competência da segunda e terceira subseções de direito privado para a lide versada nos autos.

É o relatório, passo ao voto.

Trata-se de ação de obrigação de fazer que tem por objeto a emissão de certificado e histórico escolar válidos de ensino médio, após a realização de curso supletivo pela parte autora.

Na solução do conflito negativo de competência, cumpre observar o disposto no artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *verbis*: ***"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"***.

No caso destes autos, a causa de pedir está fundada da exigência de cumprimento de obrigação contratual por parte da ré, já que, tendo a autora quitado as mensalidades relativas ao curso supletivo voltado à conclusão do ensino médio, pretende obter da ré a contrapartida contratualmente assumida, qual seja, a emissão de documento capaz de atestar o grau de ensino alcançado e prometido pela instituição de ensino.

Nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013 a competência recursal é da Seção de Direito Privado para ***"ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia" (grifei).***

É o entendimento deste C. Órgão Especial:

> ***CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Obrigação de Fazer. Litígio que envolve discussão sobre fornecimento de histórico escolar e certificado de conclusão de curso, e não sobre regras ou diretrizes de ensino, nem sobre critério administrativo, disciplinar ou didático (inerente às instituições dessa natureza). Incidência da regra do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013 que atribui à Seção de Direito Privado a competência recursal para: "ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia***

Acesso ao Sumário

elétrica e telefonia". Conflito procedente. Competência recursal da 23ª Câmara de Direito Privado. (TJSP; Conflito de competência cível 0004808-24.2018.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional II – Santo Amaro – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 29/05/2018)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CONTRATO CELEBRADO ENTRE PARTICULARES. Discussão quanto ao cumprimento de obrigações que decorrem do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes. A Resolução nº 623/2013 conferiu às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, a competência para julgamento das ações relativas à locação ou à prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares. Conflito procedente, competente a 24ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar o recurso. (TJSP; Conflito de competência cível 0030594-65.2021.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional II – Santo Amaro – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/10/2021; Data de Registro: 08/10/2021)

Voto n. 4085/18 Conflito negativo de competência. Assis. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela de urgência. Pretensão de efetuar rematrícula para o curso de Fisioterapia independentemente da apresentação do certificado de conclusão do ensino médio, cuja validade se discute em mandado de segurança correlato. Tema relativo ao "ensino em geral", que não envolve as obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços escolares celebrado entre as partes. Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Público desta Corte. Inteligência do art. 3º, I, item I.6, da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Competência da 5ª Câmara de Direito Público. (TJSP; Conflito de competência cível 0035394-44.2018.8.26.0000; Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Assis – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2018; Data de Registro: 20/09/2018)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR – OBRIGAÇÃO ORIUNDA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – COMPETÊNCIA COMUM DA SEGUNDA E TERCEIRA SUBSEÇÕES DE DIREITO PRIVADO COMPOSTAS PELA 11ª À 38ª CÂMARAS – RESOLUÇÃO Nº 623/2013, ART. 5º, § 1º, DO ÓRGÃO ESPECIAL – PRECEDENTES NESSE SENTIDO – CONFLITO PROCEDENTE – COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA. (TJSP; Conflito de competência cível 0035879-39.2021.8.26.0000;

Acesso ao Sumário

Relator: Matheus Fontes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional VIII – Tatuapé – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/11/2021; Data de Registro: 25/11/2021)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Materiais e Morais, consistente no registro, pela instituição de ensino requerida, de Certificado de Conclusão de Curso nos órgãos competentes. Causa de pedir que se insere na competência de uma das Câmaras de Direito Privado de 11ª a 38ª (Resolução nº 623/2013, artigo 5º, § 1º). Jurisprudência pacífica deste C. Órgão Especial. Conflito julgado procedente, competente a Câmara suscitada (18ª Câmara de Direito Privado). (TJSP; Conflito de competência cível 0017178-93.2022.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Itaquaquecetuba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/06/2022; Data de Registro: 30/06/2022)

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 35ª Câmara de Direito Privado para a qual deverá ser remetido o feito.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2193931-36.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, 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: "RECONHECERAM A ILEGITIMIDADE RECURSAL DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, E, NO MAIS, REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.955)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, VICO MAÑAS, FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNAN-

Acesso ao Sumário

DO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 30 de novembro de 2022.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – OPOSIÇÃO CONJUNTAMENTE FORMULADA PELO PREFEITO LOCAL E PELO "MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA" – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL DO ENTE FEDERADO – PRECEDENTES – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL NÃO EVIDENCIADOS – V. ACÓRDÃO QUE EXAMINOU OS PONTOS NECESSÁRIOS AO EXAME DA LIDE – ESCUSA DE PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS REJEITADOS, RECONHECIDA A ILEGITIMIDADE RECURSAL DO MUNICÍPIO.

VOTO

Contra o v. acórdão prolatado a fls. 1.298/1.323 da ação direta de inconstitucionalidade, que, à unanimidade, julgou procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade, com ressalva, do artigo 86, incisos IV, V, VI, X e XI, do § 1º, das expressões *"gratificação de encargos especiais"* e *"gratificação por participação em órgão de deliberação coletiva"* do § 3º, bem como dos artigos 97, 98, 99 e 108, da Lei Complementar nº 25, de 25 de outubro de 2007, do Município de Caraguatatuba, opõem o Prefeito Municipal e o respectivo ente federado os presentes embargos de declaração, almejando sanar omissão notadamente quanto ao prequestionamento expresso de dispositivos constitucionais que reputam violados.

O recurso foi processado sem suspensividade e contrariado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 12/20).

É o breve Relatório.

Nos moldes do art. 1.022 do Código de Processo Civil, cabíveis os embargos de declaração quando existente omissão, obscuridade ou contradição quanto a ponto de essencial pronunciamento jurisdicional, ou ainda se constatada hipótese de erro material.

Afora as hipóteses legais de cabimento, os embargos declaratórios submetem-se, como espécie recursal, aos pressupostos gerais de toda e qualquer

Acesso ao Sumário

inconformidade, no que se incluem a legitimidade, o interesse, cabimento, prazo, etc., inseridos no juízo de admissibilidade a ser realizado, via de regra, pelo órgão julgador.

In casu, afere-se na qualificação estampada a fls. 01 dos embargos que a oposição foi manejada, também, pelo "**Município de Caraguatatuba**", pessoa jurídica de direito público interno que não consta no rol do artigo 2º da Lei 9.868/1999, a revelar absoluta ausência de legitimidade recursal.

A respeito do tema, cumpre citar precedentes deste C. Órgão Especial que se amoldam à hipótese presente:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO em ação direta de inconstitucionalidade. Oposição pelo Município de Lorena. Não conhecimento. A legitimação conferida pelo artigo 90, inciso II, da Constituição Estadual, tanto para propor a ação, como para recorrer (RE nº 1.003.137/RN), é destinada ao Chefe do Executivo, e não ao Município enquanto pessoa jurídica de direito público interno, que sequer pode intervir em feitos da espécie (ADI AgRg 1.797-PE, DJ de 23.2.2001; ADI-AgRg 2.130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001). Embargos não conhecidos."*
>
> **(TJSP; Embargos de Declaração Cível 2082425-55.2020.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 03/02/2021; Data de Registro: 26/02/2021). No mesmo sentido: TJSP; Embargos de Declaração Cível 2277538-78.2019.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/11/2020; Data de Registro: 17/11/2020; TJ/SP. Órgão Especial. Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2142150-77.2017.8.26.0000/50000, rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. em 22 de agosto de 2018; TJ/SP. Órgão Especial. Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2220363-97.2017.8.26.0000/50000, rel. Des. RICARDO ANAFE, j. em 08 de agosto de 2018.**

Assim, de rigor o reconhecer a ilegitimidade recursal do ente federado.

No mais, a despeito da argumentação recursal expendida pelo Prefeito embargante, afere-se que o v. aresto não incorre em nenhuma das situações legais a justificar oposição dos declaratórios, os quais objetivam apenas prevalência de entendimento diverso daquele exposto. Noutros termos, expressam com nitidez pretensão de mero reexame da conclusão unânime alcançada, lançando mão de argumentos já superados, à guisa de obtenção de prequestionamento expresso.

Os embargos de declaração consubstanciam instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, destinando-se etiologicamente a purificar o julgado de omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais que o eno-

Acesso ao Sumário

doem, não traduzindo instrumento adequado para rediscussão das questões elucidadas nem para o reexame da causa, pois, ao analisar de modo exauriente as matérias debatidas e entregar a tutela reclamada, o ***decisum*** esgota sua destinação e o seu alcance.

Com efeito, simples leitura do v. acórdão embargado revela que os temas pretensamente devolvidos à análise foram integral e coerentemente solvidos, expondo a melhor solução à luz do direito aplicável, inexistindo omissão, obscuridade, contradição, tampouco erro material. Inviável a revisitação dos temas propostos, ausente qualquer vício no que tange à fundamentação externada pelo v. acórdão, que inclusive mencionou a maioria dos dispositivos ora apontados, confira-se:

"(...)

A Constituição da República assegura, nos artigos 1º e 18, indistinta autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

Indigitada autonomia organizacional engloba a legislativa, embora ambas não ostentem caráter absoluto, devendo respeito às balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como preveem não só os artigos 29 e 30 da Magna Carta, mas também o artigo 144 da Constituição Estadual:

(...)

Significa dizer, portanto, que a independência legislativa municipal, por força da norma estadual de caráter remissivo (art. 144), deve agir dentro dos limites da competência constitucional atribuída ao ente federativo, observando ainda os princípios estabelecidos nas Constituições Estadual e Federal.

(...)

Em que pese finalidade da norma (incentivo e valorização do servidor), revela-se inconstitucional a instituição de tais vantagens pecuniárias, notadamente por afrontar os artigos 111 e 128 da Constituição Paulista, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Carta:

(...)

O sistema remuneratório dos servidores públicos é lastreado em regras constitucionais gerais e uniformes, de caráter cogente, a serem observadas nas variadas searas da Administração Pública, no que se inclui o âmbito municipal.

Diversamente do que ocorre com determinados cargos, onde a Constituição da República assegurou notadamente a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998 o recebimento de subsídio, marcado preponderantemente pelo respeito ao teto remuneratório e caracterizado em parcela única, a remuneração dos servidores públicos em geral é composta pelos vencimentos (ou vencimento-base, ou vencimento-padrão) fixados

Acesso ao Sumário

em lei e atrelados ao cargo, tendo como substrato fático o regular exercício, pelo servidor, de suas funções.

Além disso, costumeiramente outras vantagens pecuniárias (que igualmente não dispensam previsão legal), constituindo-se em gratificações, adicionais, indenizações ou benefícios da seguridade social, compõem a remuneração do servidor público, as quais não raras vezes majoram significativamente o valor do seu vencimento-base. Acerca destas vantagens pecuniárias, registra Hely Lopes Meirelles:

(...)

Consignadas estas premissas, afere-se desde logo que intituladas 'gratificações' não estão ligadas a nenhuma exigência *do serviço ou desempenho de funções em circunstâncias peculiares a justificar sua concessão, distanciando-se assim do interesse público à custa do erário.*

Tais verbas tampouco se revestem de natureza indenizatória, sendo certo que vantagens deste jaez destinam-se a ressarcir o servidor pelos gastos suportados, como anota Hely Lopes Meirelles[1], ao passo que não se estendem aos servidores inativos:

(...)

Em consequência, desborda da razoabilidade, finalidade e moralidade (artigo 111 da Constituição Estadual) previsão legislativa que conceda tal benefício aos servidores, enquanto dotada de extrema generalidade, sem critérios específicos e objetivos que a justifiquem.

(...)

Não bastassem os vícios intrínsecos à natureza das próprias gratificações que se pretendeu instituir, outro ponto que contrasta com o texto constitucional diz respeito à flagrante e indevida outorga de discricionariedade ao Chefe do Executivo Municipal notadamente nos § 1º do artigo 86, 98 e 108 da LC nº 25/2007 de Caraguatatuba para fixação do percentual respectivo.

(...)

É dizer, a discricionariedade outorgada parece possibilitar margem para escolha aleatória, subjetiva, pessoal e diferenciada de percentual a ser pago a título da gratificação, circunstância que evidencia mácula aos princípios da moralidade, impessoalidade e do interesse público.

(...)

Por fim, ausente interesse social ou razão de segurança jurídica que justifique a modulação dos efeitos do resultado, registro entender indispensável preservar a irrepetibilidade das verbas percebidas em boa-fé pelos servidores beneficiados anteriormente a este julgamento. (...)".

Vale registrar, ainda, que mesmo para fins de prequestionamento os declaratórios não dispensam configuração das hipóteses vinculativas de cabimento, ao passo que o julgado externou a melhor interpretação cabível, aos olhos da

1 *In* "Direito Administrativo Brasileiro", 42ª edição, 2016, Malheiros, págs. 612/613.

Acesso ao Sumário

Turma Julgadora, acerca dos dispositivos legais que regem a matéria, nem de longe abalados os artigos 1º, 18, 29, 30 e 39 da Constituição da República, resguardada ao interessado a adoção de via própria para correção de eventual ***error in judicando***.

Inexistindo ponto a ser suprido, sanado ou aclarado, como na hipótese, a rejeição dos embargos é medida de rigor. A propósito, vale citar o seguinte precedente:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação declaratória de constitucionalidade. Rio Claro. LM nº 5.104/2017. Lei municipal que eleva o transporte remunerado privado individual de passageiros à categoria de serviço privado, de característica individual, fixando normas para sua execução. Controvérsia jurisprudencial. Mandados de segurança impetrados por motoristas de aplicativos questionando as restrições impostas pelas leis, em desconformidade com a LF nº 9.868/99. Omissão. Prequestionamento. (...) 2.* ***Prequestionamento. O acórdão enfrentou as questões levantadas e a elas deu o entendimento que lhe pareceu correto. Os dispositivos legais relevantes foram analisados, inexistindo obrigação de análise de outros, ainda que arguidos pela parte, irrelevantes para o resultado. – Extinção, sem resolução do mérito. Embargos rejeitados."***
>
> **(TJSP; Embargos de Declaração Cível 2212308-26.2018.8.26.0000; Relator: Torres de Carvalho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/11/2020; Data de Registro: 20/11/2020) – destacado.**

Em suma, não padecendo o julgado dos vícios passíveis de serem sanados ou necessitando de simples complementação, descabido o reclamo por não consubstanciar o instrumento adequado para rediscussão da causa, devendo eventual reforma da decisão colegiada, quando muito, ser alcançada através do instrumento recursal apropriado, circunstância que elide o manejo dos aclaratórios como sucedâneo do recurso cabível para essa finalidade.

Meu voto, portanto, reconhece a ilegitimidade recursal do Município de Caraguatatuba e no mais rejeita os embargos.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2127662-44.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

A.S.S., é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.650)**

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, FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Policial Militar. Exclusão dos quadros. Revisão Administrativa. Atraso no seu exame. Impetração para conduzir o Governador a tratar do caso. Atendimento que aconteceu no curso da impetração. Perda superveniente do objeto. Denegação da ordem.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança contra o Governador do Estado, de molde a levar Sua Excelência a decidir requerimento administrativo protocolizado pela impetrante, pretensão deduzida a partir do resultado de uma ação penal, na qual a parte foi absolvida com fundamento no artigo 386, VII do Código de Processo Penal, consoante cópia de fl. 309.

De acordo com o alegado a fls. 1 e 2, na data de *"03/02/2022* [ela, impetrante,] *protocolou pedido de revisão administrativa do ato de sua demissão dos quadros da Polícia Militar, tendo em vista sua absolvição no processo correlato ao processo administrativo disciplinar. Ocorre que passados mais de 120 dias o Nobre Impetrado ainda não decidiu o pedido formulado, constituindo sua omissão inescusável ofensa à norma jurídica e ao direito líquido e certo da Impetrante, especialmente com vulneração ao princípio da celeridade imposto pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal"* (*verbis*).

Quer a edição, pelo Governador, de decisão para o seu requerimento.

Indeferimos a antecipação de tutela (fls. 44/45).

Acesso ao Sumário

A Fazenda do Estado ingressou nos autos (fls. 61/62). O Governador do Estado prestou informações, quando, então, revelou já ter examinado o sobredito pedido administrativo, resultado aquele que foi publicado no Diário Oficial, edição de 10/6/2022.

Confira-se a fls. 187/197 e 208.

O parecer da d. Subprocuradoria-Geral de Justiça é pela *"extinção do mandado de segurança, por ausência superveniente de interesse de agir, com amparo no art. 330, III, e 485, VI, do Código de Processo Civil"* (fls. 317/318).

É o relatório.

De acordo com a propositura da própria parte, ela restringiu esta impetração à alegação de que, após entrega do recurso para o Governador, dada suposta inação de S. Exa., ficou superado, lá no Poder Executivo, o lapso temporal posto no artigo 33 e §§, da lei estadual n. 10.177, de 30/12/1998, que regula o procedimento administrativo no âmbito administração pública estadual.

Segue o dispositivo:

"Artigo 33 – O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1.º – *Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.*

§ 2.º – *Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.*

§ 3.º – *O disposto no § 1.°* deste artigo não *desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento".*

Igualmente reproduzo, literalmente, o pedido por ela deduzido ao cabo de sua inicial:

"(...) seja ao final, concedida a ordem rogada para compelir o Nobre Impetrado a decidir o pedido administrativo protocolado pela impetrante, de modo sanar a omissão com que houve, tudo por questão de justiça" (*verbis*).

Então, feitos os necessários destaques, tenho para comigo que, consoante explicação feita em seguida, se exauriu o objeto.

É que o d. Impetrado, respondendo ao relator, expressamente esclareceu, a fl. 190, que, *"após a impetração do presente mandado de segurança, esta autoridade, com fundamento no Parecer AJG n.º 463/2022 (DOC. 01), proferiu a decisão pretendida, deixando de conhecer a insurgência, em razão de sua incompetência para rever as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça*

Acesso ao Sumário

Militar”.

Vale dizer, confirmou o resultado antecedente.

De sorte que, uma vez editada decisão, aqui, neste *mandamus*, nada mais há por fazer.

Pese importante o conteúdo de mérito, no que diz respeito à presente impetração, contudo, ele, o mérito, está muito além do que foi posto em discussão. Fica a turma julgadora adstrita ao quanto postulado, que se julgasse o requerimento administrativo. E assim foi feito. Há nos autos cópia da edição correspondente do Diário Oficial.

Meu voto, pois, reconhecendo a perda superveniente de interesse processual, na modalidade *necessidade*, propõe a denegação da segurança, com fundamento nos artigos 330, III, e 485, VI, ambos do Código de Processo Civil, 6º, § 5º da lei n. 12.016/2009.

E como concedi à parte assistência judiciária gratuita (fl. 44), a nosso cargo nada mais existe por realizar neste processo.

Fica nossa recomendação para que, após o trânsito, os autos em curso sejam arquivados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2076306-10.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante T.P.S., 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. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. VITOR HANNA PEREIRA.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.942)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, 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, 26 de outubro de 2022.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo que respondeu acusações perante o Conselho de Justificação – Conselho de Justificação que julgou parcialmente justificada a conduta do Oficial, reconhecendo a prática de transgressões disciplinares, com proposta de aplicação de sanção de natureza não exclusória – Autos remetidos à Secretaria da Segurança Pública, que decidiu pela procedência total das acusações imputadas ao impetrante, com determinação de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo – Recurso administrativo inominado, não analisado pelo Ilustre Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo – Recurso administrativo inominado apresentado ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo, que não conheceu do recurso por ausência de amparo legal – Alegada ocorrência de prescrição, assim como a ausência de fundamentação que restarem devidamente analisadas no julgamento proferido pela Justiça Militar do Estado de São Paulo (Conselho de Justificação nº (...), julgado em 27 de outubro de 2021) – Precedente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP – Constitucionalidade da técnica de motivação por referência ou por remissão – Violação a direito líquido e certo não demonstrada – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **T.P.S.** contra ato imputado ao **EXCELENTÍSSIMO SENHOR GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO** que, segundo o alegado, deixou de conhecer do recurso administrativo inominado, por ausência de amparo legal (fls. 167).

Sustenta o impetrante o regular processamento do pedido de revisão administrativa do processo disciplinar, cassando-se a decisão nele proferida; pede sua reintegração aos quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo; subsidiariamente, pede a concessão da ordem para declarar nula a decisão do Secretário de Segurança Pública, por falta de motivação (fls. 145).

Informações prestadas pela indicada autoridade coatora (fls. 207/214).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da segu-

Acesso ao Sumário

rança (fls. 273/279).

É o relatório.

O impetrante, Oficial da Policial Militar do Estado de São Paulo, respondeu acusações perante o Conselho de Justificação nº (...) (fls. 28/29).

Apresentadas as alegações finais da defesa (fls. 33/72), o Conselho de Justificação julgou parcialmente justificada a conduta do Oficial, reconhecendo a prática de transgressões disciplinares, com proposta de aplicação de sanção de natureza não exclusória (fls. 73/106).

Os autos foram remetidos ao Ilustre Secretário da Segurança Pública, que decidiu pela procedência total das acusações imputadas ao impetrante, com determinação de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (fls. 145).

Inconformado com a decisão acima mencionada, **T.P.S.** apresentou recurso administrativo inominado, não analisado pelo Ilustre Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo (fls. 148/165).

Apresentou-se recurso administrativo inominado ao **EXCELENTÍSSIMO SENHOR GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO** (fls. 166), que não conheceu do recurso por ausência de amparo legal (fls. 167).

Pois bem.

Nos termos da legislação, a concessão do mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo.

Trata-se de remédio constitucional que conta com o preenchimento de requisitos para a sua impetração.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

> *"Mandado de segurança é o remédio processual constitucional, manejável contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que exerça atribuições do Poder Público, e que cometa ilegalidade ou abuso de poder, tendo como objetivo proteger o titular de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data (CF, art. 5º LXIX)"* (Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2007, 38ª ed., vol. III, p. 512)

Hipótese não verificada no presente caso.

Por v. acórdão, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, julgou procedente a representação, considerando o justificante indigno para com o oficialato, decretando a perda do posto e da respectiva patente – fls. 216/257 (Conselho de Justificação nº (...), julgado em 27 de outubro de 2021).

Referido julgamento, afastou a alegada ocorrência de prescrição, assim como a ausência de fundamentação.

Acesso ao Sumário

Conforme destacado pelo Relator, o Ilustre Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, ao fundamentar sua decisão *"considerou todos os pareceres que o antecederam para concluir por 'considerar procedentes as acusações imputadas ao 1º Tenente PM (...) – T.P.S."* fls. 232 – (terceiro parágrafo).

E prossegue o I. Relator: *"Vê-se que a nobre autoridade administrativa entendeu pela procedência da integral das acusações atribuídas à autoria do Justificante, haja vista que ao adotar os pareceres, na técnica conhecida como aliunde, integrando-os à sua decisão sem qualquer ressalva e, portanto, sem qualquer mitigação"* – fls. 232 (quarto parágrafo).

No parecer apresentado, apontou o I. Procurador de Justiça (fls. 278):

"Quanto à alegação de que a decisão do Secretário de Segurança Pública de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça Militar não foi adequadamente fundamentada, de sorte a contrariar as disposições constitucionais e legais, igualmente não prospera.

A decisão do Secretário de Segurança Pública (fl. 145) veio expressamente embasada nas manifestações da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública (fls. 107/119 e 123/134) e da Assessoria Técnico-Policial (fls. 120/131 e 139/143).

Noutras palavras, a decisão foi amparada pelas consultorias técnicas específicas a quem compete elaborar as manifestações que subsidiam a decisão final de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça Militar. As duas manifestações foram extensas, perpassaram pelos fatos indicados como infrações, expuseram as provas e enfrentaram as questões técnicas e preliminares, como a prescrição.

Desta forma, ainda que o impetrante discorde de seu teor, não se pode qualificar a decisão questionada como não fundamentada. Trata-se de fundamentação in aliunde, considerada hígida para embasar o ato administrativo."

Ao enfrentar o tema, decidiu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

Processual civil. Mandado de segurança. Pretensão de ser anulada pena de demissão cominada ao impetrante, ex-oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Ilegitimidade passiva do D. Governador do Estado. Demissão decorrente de v. acórdão, transitado em julgado, proferido pelo E. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, declaratório de indignidade do impetrante para o oficialato e determinando a perda de seu posto e patente. Descabimento da impetração.

Processual civil. Mandado de segurança. Pleito para se determinar seja decidido motivadamente pedido administrativo endereçado ao D. Governador do Estado. Decisão administrativa proferida com

Acesso ao Sumário

alicerce em representação do Secretário da Segurança Pública e no Parecer 353-2017, da Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral do Estado, não juntados pelo impetrante. Constitucionalidade da técnica de motivação por referência ou por remissão. Violação a direito líquido e certo não demonstrada.

Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 2240693-18.2017.8.26.0000, ÓRGÃO ESPECIAL – TJ/SP, Rel. Des. Borelli Thomaz, julgado em 25 de julho de 2018, denegaram a segurança, por maioria de votos)

Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0027487-76.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante M.M.R.S., é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE 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. RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.021)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), FIGUEIREDO GONÇALVES, CAMILO LÉLLIS, FLAVIO ABRAMOVICI, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Oficial de Justiça. Transferência. Possibilidade. Inteligência do art. 27 da Lei Estadual n.º 10.261/68, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis. Ato

Acesso ao Sumário

impugnado que atende à conveniência do serviço e foi devidamente motivado. Doutrina. Ilegalidade ou abuso de poder. Inexistência. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Segurança denegada, prejudicados os embargos de declaração.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança (fls. 1/13) impetrado por M.M.R.S., nos termos do art. 13, *b*, do RITJSP, contra ato o PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que transferiu, no interesse público, a lotação dos Oficiais de Justiça.

A Impetrante sustenta, em síntese: **(i)** que é Oficial de Justiça; **(ii)** foi transferida para o Foro Regional do Butantã; **(iii)** a hipótese é de "transferência irregular e desmotivada de sua lotação"; **(iv)** não houve justificativa para a transferência. Assim, requer a suspensão do ato coator e, ao final, a concessão da segurança, "mantendo a prestação de sua função de oficial de justiça vinculada ao Fórum João Mendes Junior".

Foi indeferida a liminar (fls. 37/38), contra o que foram opostos embargos de declaração (fls. 1/12 do Incidente n.º 50000).

Foram prestadas informações (fls. 41/53 e 68), sustentando: **(i)** a transferência da Oficial de Justiça atende à conveniência do serviço; **(ii)** o ato foi motivado; **(iii)** a impetrante deduziu pedido administrativo de reconsideração, o que foi indeferido; **(iv)** a segurança deve ser denegada.

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da segurança (fls. 76/78).

É o relatório.

O mandado de segurança é instrumento de proteção de direito líquido e certo, que deve ser concedido sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofra violação ou houver justo receio de sofrê-la por ato de autoridade, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 12.016/09.

Com efeito, "O pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte a dilação probatória" (Vicente Greco Filho. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162).

Pois bem. A hipótese é de MS impetrado contra ato do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que transferiu, no interesse público, a lotação de Oficiais de Justiça deste E. Tribunal.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, a transferência está em conformidade com o art. 27 da Lei Estadual n.º 10.261/68, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

Já sobre a necessidade de motivação, a lição de Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara:

> "Motivação é o ato ou efeito de motivar, isto é, de justificar um ato ou medida tomada. Significa, em Direito Administrativo, explicitar os fatos e os fundamentos jurídicos que levaram a Administração Pública a editar um ato ou tomar uma medida. (...)
>
> A doutrina majoritária (...) entende que há obrigatoriedade de motivação independentemente de se tratar de ato vinculado ou discricionário.
>
> (...)
>
> Hoje, **em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), conjugado com o da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), a motivação é, em regra, obrigatória.**"
>
> (Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara. Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, livro eletrônico, destacou-se)

Nesta medida, atento aos limites da matéria deduzida na impetração, verifica-se que o ato impugnado atende à conveniência do serviço e foi devidamente motivado, pois praticado "**Em vista do interesse da Administração Pública para melhor alocação de estrutura humana, e do atual número muito baixo de demanda de trabalho para os 147 oficiais de justiça lotados na Seção Administrativa de Distribuição de Mandados das Varas do Fórum Cível Central da Comarca da Capital, de cerca de apenas 15 mandados por mês por serventuário**" (fl. 54, destacou-se).

Assim, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder, deve ser denegada a segurança.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> "MANDADO DE SEGURANÇA – **Impetração com a pretensão de reverter a transferência de local de lotação no cargo de Oficial Administrativo – Impetrante que foi transferida da Secretaria de Planejamento e Gestão para a Secretaria de Educação – Legislação que permite a transferência de ofício em benefício do serviço público** – Inexistência de demonstração de alteração de cargo e das funções exercidas – Conveniência e oportunidade a serem definidas pela Administração Pública, cuja conclusão não pode ter análise específica do Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes (...)"
>
> (TJSP, Órgão Especial, MS 0009582-97.2018.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, unânime, j. 17.10.18, destacou-se)
>
> "MANDADO DE SEGURANÇA – **OFICIAL DE JUSTIÇA TRANSFERI-**

Acesso ao Sumário

DO COMPULSORIAMENTE PARA OUTRO POSTO DE TRABALHO – IMPETRANTE QUE APONTA ARBITRARIEDADE DA JUÍZA CORREGEDORA NA TRANSFERÊNCIA DE SEU POSTO DE TRABALHO – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO QUE GOZA DE PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA DISPOR SOBRE A LOTAÇÃO DE SEUS SERVIDORES – IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2252156-88.2016.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, unânime, j. 28.06.17, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA. **IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE INDEFERIU PEDIDO DE REMOÇÃO POR UNIÃO DE CÔNJUGES FORMULADO PELA IMPETRANTE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA SUJEITA À AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO SERVIÇO PÚBLICO. DECISÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR.** AUSÊNCIA DE PROVA DE ABUSIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 0160237-28.2011.8.26.0000, Rel. Des. Campos Mello, unânime, j. 15.02.12, destacou-se)

Em outras palavras, "O remanejamento *ex officio* fundamentado no interesse do serviço é perfeito e está dentro das balizas legais da oportunidade e conveniência, não gozando a impetrante da garantia da inamovibilidade" (TJSP, Órgão Especial, MS 2116396-41.2014.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, unânime, j. 11.03.15).

Segurança denegada.

Diante do exposto, denega-se a segurança, prejudicados os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2213773-31.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes DANIELLE PRISCILA GOMES DE SANTANA, CRISTIANE PROVASI MIANI, GABRIELA FERNANDA PERES COSSI, LIVIA CLELIS LUIZ, LUIZ PAULO RODRIGUES, MAYRA REGINA SILVA, ROCCO VERBI JUNIOR e FERNANDA ROCHA DE FARIA RODRIGUES, é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE 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. RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.235)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO QUE DECLAROU ENCERRADO CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO EFETIVO DE ESCREVENTE-TÉCNICO JUDICIÁRIO, EM QUE APROVADOS OS IMPETRANTES FORA DO NÚMERO DE VAGAS, DEIXANDO DE NOMEÁ-LOS – TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTADO DA EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CERTAME – PRAZO DECADENCIAL, ADEMAIS, QUE NÃO SE INTERROMPE NEM SE SUSPENDE UMA VEZ INICIADO, SENDO APENAS PRORROGADO PARA O PRIMEIRO DIA ÚTIL CASO TERMINE EM DIA EM QUE NÃO HAJA EXPEDIENTE FORENSE – DECADÊNCIA CONFIGURADA – MANDADO DE SEGURANÇA, OUTROSSIM, QUE NÃO É A VIA ADEQUADA PARA OBTENÇÃO DO QUE OS IMPETRANTES PLEITEIAM, POIS IMPETRARAM OUTRO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O MESMO ATO PRESIDENCIAL, VINDO A DESISTIR DELE APÓS DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA POR ACÓRDÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL E MANUTENÇÃO DO ACÓR-

Acesso ao Sumário

DÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PORÉM, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO – CASO EM QUE, PARA OBTENÇÃO DE OUTRO PROVIMENTO JURISDICIONAL NA MATÉRIA, TERÃO QUE FAZER USO DAS VIAS ORDINÁRIAS, CONFORME ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO JULGAR O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 669.367/RJ E DECIDIR O TEMA 530 DAQUELA SUPREMA CORTE – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deixou de nomear os impetrantes para cargo efetivo de escrevente-técnico judiciário, em cujo concurso público foram aprovados.

Defendem os impetrantes a tempestividade do mandado de segurança e a necessidade de sua impetração para proteger direito líquido e certo, pois prestaram concurso público aberto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo através de edital publicado em 31.03.2017, para cargo efetivo de escrevente-técnico judiciário, e, embora tenham sido aprovados fora do número de vagas previstas no edital, no transcorrer do prazo de validade do concurso, que havia sido suspenso até 31.12.2021, foram sendo abertas novas vagas, porém, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao invés de nomeá-los para o cargo, encerrou abruptamente o concurso em que foram aprovados, abriu outro alguns meses depois e nomeou candidatos aprovados neste novo concurso, o que caracteriza suas preterições de forma injustificada.

Postulam concessão da segurança para que sejam nomeados e empossados nos cargos efetivos de escrevente-técnico judiciário.

Não houve pedido de concessão de liminar.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prestou informações em que postula, preliminarmente, o reconhecimento da decadência e, no mérito, denegação da segurança (fls. 619/643).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 674/683).

É o Relatório.

Segundo a inicial e documentos que a instruem, o concurso público de escrevente-técnico judiciário em que foram aprovados os impetrantes, e em cujos cargos querem ser empossados, foi aberto através de edital datado de 29 março de 2017, com prazo de validade de um ano a partir da homologação e prorro-

Acesso ao Sumário

gável por igual período; foi homologado em 11 de dezembro de 2017 e teve o prazo de validade prorrogado duas vezes, vindo, porém, a ser encerrado por ato da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo disponibilizado no DJe de 02 de fevereiro de 2021 (fls. 40/66 e 223).

Alegam os impetrantes que a ação mandamental é tempestiva, pois, em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, foram editadas disposições legais que suspenderam o prazo de validade do concurso entre 14 de abril de 2020 e 31 de dezembro de 2021, o qual voltou a correr em 01 de janeiro de 2022 e findou em 31 maio de 2022, de modo que o prazo de 120 dias para impetração do mandando de segurança teve início apenas em 01 de junho de 2022 e terminaria depois da data em que foi protocolado, não tendo se consumado o prazo decadencial.

Porém, o termo inicial do prazo para impetrar mandado de segurança contra ato da Administração Pública que deixa de nomear candidato aprovado em concurso público conta-se a partir da ciência da expiração da validade do certame, conforme entendimento do STJ (AgInt no AREsp nº 936.835/PE, Relator Ministro Francisco Falcão, DJe de 22.02.2022; RMS nº 46.808/SP, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 25.11.2021; REsp nº 1.889.246/GO, relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 11.05.2021; RMS nº 58.299/BA, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11.10.2019; AgRg no RMS nº 48.436/DF, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 19.09.2016; AgRg no RMS nº 48.870/GO, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 04.11.2015; AgRg no REsp nº 1.418.055/AL, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 09.03.2015; RMS nº 34.329/RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 29.11.2013; AgRg no RMS nº 30.413/PE, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 21.11.2012).

Outrossim, tal prazo, que é decadencial, uma vez iniciado não se interrompe tampouco se suspende, nem mesmo em caso de pedido de reconsideração na via administrativa, sendo apenas prorrogado para o primeiro dia útil caso termine em dia em que não haja expediente forense (REsp nº 1.944.582/GO, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 20.09.2021; AgRg no AREsp nº 687.431/PA, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 05.08.2015; MS nº 13.295/DF, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 05.03.2009; AgRg no Ag nº 1.021.254/GO, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 02.02.2009; AgRg no REsp nº 681.751/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 03.12.2007; REsp nº 201.111/SC, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26.03.2007; AgRg no Ag nº 621.968/BA, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 21.05.2007; RMS nº 2.428/PR, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini, DJ 09.02.1998).

Assim sendo, como o ato da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo que encerrou o concurso público em que aprovados os impetrantes ficou disponível no DJe de 02 de fevereiro de 2021, terça-feira, e foi publicado no primeiro dia útil seguinte, 03 de fevereiro de 2021, quarta-feira, o prazo de 120

Acesso ao Sumário

dias para impetração do mandado de segurança teve início em 04 de fevereiro de 2021, quinta-feira, também dia útil, e terminou em 03 de junho de 2021, quinta-feira, feriado de Corpus Christi, sendo prorrogado então até 07 de junho de 2021, segunda-feira, pois em 04 de junho de 2021 não houve expediente forense e os dias 05 e 06 de junho de 2021 foram, respectivamente, sábado e domingo.

Dessa forma, quando o mandado de segurança deu entrada no protocolo digital do Tribunal de Justiça de São Paulo em 09 de setembro de 2022, já havia se consumado o prazo decadencial.

Ademais, já não fosse pela consumação da decadência, este mandado de segurança não é a via adequada para obter o que se pleiteia, pois, em face do mesmo ato presidencial que declarou o encerramento do concurso público em que foram aprovados, os impetrantes propuseram, em 20 de abril de 2021, o Mandado de Segurança nº 2088062-50.2021.8.26.0000, cujo mérito foi apreciado pelo Órgão Especial por acórdão de 14 de julho de 2021, o qual, não reconhecendo a existência de direito líquido e certo à nomeação, lhes denegou a segurança.

Do acórdão do Órgão Especial os impetrantes interpuseram o Recurso Ordinário nº 67.380/SP junto ao STJ, ao qual foi negado provimento por decisão do Ministro Gurgel de Faria, e dessa decisão ainda interpuseram agravo interno, que restou desprovido por acórdão da 1ª Turma daquela Corte Superior, contudo, ao ver que ficaram vencidos e antes do trânsito em julgado do acórdão da 1ª Turma do STJ, pediram desistência daquele mandado de segurança, a qual veio a ser homologada por decisão do Ministro Gurgel de Faria de 27 de abril de 2022, decisão homologatória esta que transitou em julgado em 25 de maio de 2022.

É certo que o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 669.367/RJ e decidir o Tema 530 daquela Suprema Corte para fins de repercussão geral, fixou, por maioria de votos, a tese de que "É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários, a qualquer momento antes do término do julgamento, mesmo após eventual sentença concessiva do 'writ' constitucional, não se aplicando, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 267, § 4º, do CPC/1973".

Não menos certo, porém, é que, como se colhe do voto da Ministra Rosa Weber, redatora do acórdão no Recurso Extraordinário nº 669.367/RJ, "Esta Corte considera constitucional o prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração. Ao desistir de uma sentença proferida em mandado de segurança, o impetrante, de ordinário, desiste tanto do remédio constitucional em perspectiva concreta (dado que um mandado de segurança efetivamente foi impetra-

Acesso ao Sumário

do) quanto, em termos latos, da própria garantia, com todas as implicações daí geradas; para obter outro provimento jurisdicional, terá que fazer uso das vias ordinárias" (página 23).

Assim sendo, tendo os impetrantes utilizado outro mandado de segurança contra o ato da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo que encerrara o concurso público em que foram aprovados, sem, contudo, nomeá-los; e tendo ainda desistido daquela ação mandamental, se quiserem obter outro provimento judicial em face do mesmo ato presidencial deverão se utilizar das vias ordinárias.

Pelo exposto, denego a segurança. Custas **ex lege**, sem honorários (Lei nº 12.016/2009, art. 25; Súmula nº 512, STF; Súmula nº 105, STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0018649-47.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante JOSÉ ANTONIO CRIADO, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DA FAZENDA E PLANEJAMENTO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.040)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Pedido de extensão do direito à percepção de proventos integrais, benefício de paridade e vale transporte aos servidores

Acesso ao Sumário

inativos, conforme estabelecido na Resolução SF nº 43/2018 e Resolução SFP nº 62/2021, originário da LC 1.320/2018. Preliminar de ausência de direito líquido e certo se confunde com o mérito do presente mandamus. Preliminar de inadequação de via eleita acolhida. Atos que apenas regulamentam a LC 1.320/2018, considerando beneficiários apenas os funcionários efetivos ativos, não alcançando, por conseguinte, os servidores inativos. Descabimento do Mandado de Segurança para estender benefício não previsto na lei, dado o enunciado da Súmula nº 266 do C. STF: "não cabe mandado de segurança contra lei em tese". Não bastasse, ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por José Antônio Criado contra ato do Exmo. Senhor Governador do Estado de São Paulo e do Ilmo. Secretário da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, visando garantir direito líquido e certo de receber, em razão de paridade constitucional de vencimentos, item remuneratório que a Administração Pública Estadual paga apenas aos agentes fiscais de rendas ativos.

O impetrante é Agente Fiscal de Rendas aposentado e alega que, segundo as regras vigentes quando dos respectivos atos de aposentadoria, goza do direito ao recebimento de proventos integrais (artigo 3º da EC nº 47/2005) e, ainda, do benefício de paridade (artigo 7º da EC nº 41/2003). Por tal razão, entende que o auxílio pecuniário denominado "vale transporte", – instituído como verba indenizatória para os Agentes Fiscais de Renda ativos pelo Secretário da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, conforme Resolução SF nº 43/2018 e Resolução SFP nº 62/2021, originário da LC 1.320/2018 –, deve constar de seus proventos.

Entendendo presentes os requisitos legais, pede liminarmente a sua inclusão no rol de beneficiário do auxílio pecuniário previsto na Lei Complementar nº 1.320/2018 e na Resolução SFP 62/2021 e, ao final, seja confirmada a liminar.

O pedido de liminar restou indeferido (fls. 50/52).

O Secretário da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo prestou informações pertinentes às fls. 69/86 e o Sr. Governador do Estado de São Paulo às fls. 88/94.

A D. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 101/117, opinou pelo não conhecimento do *mandamus* ou pela denegação da ordem no mérito.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A preliminar de inadequação da via eleita fica acolhida, seguindo os inúmeros precedentes deste C. Órgão Especial.

No *mandamus* o impetrante se insurge contra as Resoluções SF nº 43/2018 e SFP nº 62/2021. Contudo, referidos Atos apenas regulamentaram a LC nº 1.320/2018, cingindo-se ao conteúdo ali constante quanto aos benefícios e seus beneficiários, não alcançando os servidores inativos, mantendo o caráter de norma abstrata.

Referidos Atos não estendem os benefícios, e não podiam fazê-lo, aos servidores inativos, porque não beneficiados na Lei Complementar que estão a regulamentar.

Ao editar referidos Atos, o impetrado não praticou lesão aos interesses do impetrante. Dessa forma, vê-se que a irresignação demanda a modificação da Lei Complementar, o que é vedado em Mandado de Segurança, tendo em vista o disposto na Súmula 266 do C. Supremo Tribunal Federal: "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Ensinam HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES ("Mandado de Segurança e Ações Constitucionais", Malheiros Editores, São Paulo, 37ª edição, 2016, pp.41/42):

"A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266) pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para se expor à impetração, mas nada impede que na sua execução venha a ser declarada inconstitucional pela via do mandamus.

Somente as leis e decretos de efeitos concretos se tornam passíveis de mandado de segurança desde sua publicação, por serem equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos.

Por 'leis e decretos de efeitos concretos' entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam Municípios ou desmembram Distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações, e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de leis ou decretos por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente, como qualquer ato administrativo de efeitos específicos, individuais ou coletivos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança."

Neste sentido decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 266/STF. AGRAVO INTERNO DO SINDICATO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cinge-se a controvérsia acerca dos limites do poder regulamentar do Ato da Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal 41/2014, que regulamentou a Lei Distrital 4.342/2009, a qual instituiu, dentre outras vantagens, o Adicional de Qualificação para os Servidores da CLDF.

2. No caso, o que o impetrante buscou na postulação foi invalidar norma abstrata e geral, o que é inviável na via do Mandado de Segurança. Nesse sentido: AgRg no RMS 18.281/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 4.12.2015.

3. Agravo Interno do SINDICATO a que se nega provimento." (AgInt no RMS 49.590/DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 18.02.2019).

A generalidade, impessoalidade e abstração dos regulamentos questionados são evidentes, pois destinado a esclarecer a autoridade competente quais eventos poderá enquadrar nos requisitos legais para percepção dos benefícios, deferindo ou indeferindo requerimentos que virão a ser formulados pela universalidade dos servidores abrangidos pela lei regulamentada. Via adequada para se insurgir sobre a legalidade/constitucionalidade de referidos normativos seria a ação direta de constitucionalidade.

Nesse mesmo sentido:

"PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO (266/STF). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Impetração em que se postula 'o afastamento dos critérios estabelecidos pelo Decreto 6.368/2002, 'máxime em relação ao lapso temporal de quinze anos (cf. art. Iº, I), critérios meramente pessoais (chefias, cargos comissionados, art. Iº, IV e V, art. 2º, I e II) e irrazoáveis (graduação e pós-graduação, art. Iº, II, III, art. 2º, II, b)', bem assim, 'seja determinada a progressão dos Impetrantes, consoante os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei 7.424/80 (direito já adquirido) e inc. III do art. 26 da lei 13.666/2002". 2. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266/STF). 3. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS 18.281/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 4.12.2015).

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO MUNICIPAL. REGULAMENTAÇÃO. PROPAGANDA. PAINÉIS PUBLICITÁRIOS. ATO ADMINISTRATIVO. NORMATIVIDADE. GENERALIDADE. ABSTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 266/STF. 1. Na forma da Súmula 266/STF, é inviável a impetração de mandado de segurança contra lei em tese, ao que se equipara o decreto municipal que regulamenta o uso de propaganda e de painéis publicitários em espaços pú-

Acesso ao Sumário

blicos mediante normas dotadas de generalidade e abstração, bem como à mingua de demonstração de algum ato que in concreto atinja ou tenha aptidão para atingir o direito dos associados da impetrante. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no RMS 45.127/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.9.2014).”

Inadequada, pois, a via eleita pelo impetrante.

Não bastasse, ausente direito líquido e certo.

Como já dito antes, as Resoluções SF nº 43/2018 e SFP nº 62/2021, apenas regulamentaram a LC nº 1.320/2018, especialmente quanto aos beneficiários servidores ativos, não estendendo aos servidores inativos. Por esse motivo não poderia o impetrado, ao editar ato regulamentador, incluir ou excluir beneficiários não contemplados pela lei que regulamenta.

O administrador pratica seus atos de forma vinculada, não podendo conferir a inativos direitos ou benefícios que lhes é negado pela lei, ou por outra, estender a estes direitos conferidos pela norma legal apenas aos funcionários efetivos ativos (art. 4º da Lei nº 14.889, de 20 de janeiro de 2009).

Este C. Órgão Especial, em situação semelhante, assim decidiu, no Mandado de Segurança nº 2230716-65.2018.8.26.0000, de relatoria da Exma. Desembargadora CRISTINA ZUCCHI (j. 20.03.2019), envolvendo também norma (Resolução 14/2018 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo) que disciplina as regras sobre o auxílio saúde, previsto na Lei 16.973/18, buscando os impetrantes a extensão do benefício aos inativos:

“MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR SINDICATO EM FAVOR DE SEUS FILIADOS, SERVIDORES INATIVOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO, EM FACE DA RESOLUÇÃO Nº 14/2018 EDITADA PELO EXMO. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS. PRETENSÃO DA EXTENSÃO POR PARIDADE DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE PREVISTA NA LEI Nº 16.973/2018, A QUAL FOI CONCEDIDA EXCLUSIVAMENTE AOS ATIVOS. 1. LEGITIMIDADE DO SINDICATO RECONHECIDA. 2. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. NORMA ORA IMPUGNADA QUE FOI EDITADA PELO IMPETRADO, SENDO ELE, EM TESE, QUEM OSTENTA LEGITIMIDADE PARA INTEGRAR O POLO PASSIVO DO PRESENTE WRIT. 3. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RESOLUÇÃO Nº 14/2018 QUE APENAS SE LIMITOU A REPETIR OS TERMOS DA LEI QUE LHE DEU AZO. IMPETRAÇÃO, PORTANTO, QUE SE VOLTA EM FACE DE LEI EM TESE, O QUE NÃO SE ADMITE (SÚMULA 266, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). PRELIMINAR ACOLHIDA., 4. MÉRITO. MESMO QUE SUPERADA A PRELIMINAR, SEM RAZÃO O IMPETRANTE NO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A ALEGAÇÃO DO IMPETRANTE DE INFRINGÊNCIA À DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DE QUEBRA DE PARIDADE NOS VENCIMENTOS DE SEUS FILIADOS (SERVIDORES INATIVOS) COM OS SERVIDORES DA ATIVA SOMENTE PODE SER ALEGADA EM FACE DA LEI MUNICIPAL Nº 16.973/2018. A RESOLUÇÃO NÃO PODERIA ACRESCEN-

Acesso ao Sumário

TAR QUALQUER GARANTIA AOS FILIADOS DO IMPETRANTE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ORDEM DE SEGURANÇA QUE MERECE SER DENEGADA, SEJA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA OU POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO. Mandado de Segurança denegado."

Ante o exposto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2042553-62.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ADRIANO DE SOUZA FERRAZ, EDUARDO DOS SANTOS PEREIRA, GENI MARTINS DA ROCHA ALMEIDA, MICOL COELHO DA SILVA ANDRADE, LUZIA SOARES GUTIERRES, SANDRA FERREIIRA DO ROSARIO e SILVANA GOMES CAPUTO, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR E CONCEDERAM EM PARTE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.822)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES, POÇAS LEITÃO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso público estadual. Enfermeiro. Hospital Heliópolis. Candidatos aprovados e classificados além da única vaga disponível. Decadência. Inocorrência. Termo inicial para impetração que se conta do encerramento do prazo de validade do concurso. Mérito. Candidatos convocados para a escolha das vagas. Ato de no-

meação preparado e não assinado. Direito subjetivo à nomeação. Ocorrência em relação aos candidatos convocados. Comportamento expresso do Poder Público sobre a inequívoca necessidade de nomeação, o mesmo não ocorrendo em relação aos demais candidatos não convocados. STF, RE 837.311-PI, com repercussão geral. Doutrina. Pandemia do Coronavírus (Covid-19). Irrelevância. Convocação anterior à enfermidade epidêmica. Precedentes específicos deste C. Órgão Especial.

Segurança parcialmente concedida.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança (fls. 1/22) impetrado por ADRIANO DE SOUZA FERRAZ E OUTROS contra o GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO que não teria nomeado candidatos aprovados em concurso público.

Os Impetrantes sustentam, em síntese: **(i)** preliminarmente, ter direito á gratuidade da justiça; **(ii)** foram aprovados em concurso público para o cargo de Enfermeiro no Hospital Heliópolis; **(iii)** havia somente uma vaga disponível no edital; **(iv)** foram classificados conforme o seguinte: GENI MARTINS DA ROCHA ALMEIDA em 60º lugar, ADRIANO DE SOUZA FERRAZ em 154º lugar, MICOL COELHO DA SILVA ANDRADE em 223º lugar, SILVANA GOMES CAPUTO em 402º lugar, SANDRA FERREIRA DO ROSARIO em 410º lugar, EDUARDO DOS SANTOS PEREIRA em 417º lugar e LUZIA SOARES GUTIERRES em 668º lugar; **(v)** a validade do concurso foi prorrogada até 31.12.21, após suspensão nos termos da Lei Estadual n.º 17.268/20, promulgada em razão da pandemia da Covid-19; **(vi)** sobrevieram ao menos 120 (cento e vinte) novas vagas durante a validade do concurso, pois "muitos dos candidatos aprovados enviaram seus termos de desistência, foram exonerados ou não tomaram posse dentro das referidas vagas"; **(vii)** foram convocados para escolha de vagas, mas nunca nomeados; **(viii)** têm direito subjetivo à nomeação; **(ix)** possuem todos os requisitos para o cargo. Assim, requerem a concessão da liminar e, ao final, a concessão da ordem para determinar a nomeação e posse dos candidatos.

Foi indeferida a liminar e deferida a gratuidade da justiça (fls. 172/173).

Foram prestadas informações (fls. 187/196), sustentando: **(i)** os Impetrantes foram classificados além da única vaga disponível no concurso; **(ii)** não há direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados além do número de vagas; **(iii)** houve a nomeação de somente mais 48 (quarenta e oito) candidatos,

Acesso ao Sumário

observada a necessidade e a conveniência; **(iv)** "a convocação dos impetrantes para manifestarem interesse pelas vagas remanescentes não tem o condão de criar, por si só, vínculo"; **(v)** não bastasse, a validade do concurso se encerrou em 17.01.21, não se admitindo a nomeação posterior; **(vi)** as contratações temporárias na área de saúde não violam o resultado do concurso, posto que decorrente de necessidade temporária e excepcional para combate da pandemia do Coronavírus (Covid-19); **(vii)** não bastasse, há de se considerar a priorização de recursos para combate à pandemia e a suspensão das nomeação para cargos efetivos, mesmo em caso de vacância, nos termos do Decreto Estadual n.º 65.479/21.

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela concessão parcial da segurança apenas em relação aos candidatos que "foram convocados para a escolha de vagas" (fls. 538/555).

É o relatório.

A hipótese é de MS impetrado por candidatos aprovados em concurso público além do número de vagas.

Da decadência.

Em suas informações, o GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO sustenta que a validade do concurso se encerrou em 17.01.21, não se admitindo a nomeação posterior.

Não se desconhece o entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração do MS após o prazo de validade do concurso (TJSP, Órgão Especial, MS 2274666-90.2019.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, unânime, j. 10.06.20, com observação em sentido contrário do e. Des. Evaristo dos Santos).

Todavia, respeitado o entendimento diverso, o termo inicial do prazo decadencial do *mandamus* é o encerramento do prazo de validade do concurso, pois até então o Poder Público mantém o poder discricionário de nomear os candidatos aprovados.

Aliás, a discricionariedade da nomeação é ainda mais presente no caso concreto, em que a hipótese é de concurso público da área da saúde e o Poder Público estava "autorizado a adotar as medidas necessárias para prover os cargos vagos existentes no âmbito da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, nomeando remanescentes de concursos públicos cuja validade não tenha expirado", nos termos do art. 7º da Lei Estadual n.º 17.268/20.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, STJ, 1ª Turma, 1ª Turma, AgInt no AgInt no RMS 61.831-SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, unânime, j. 14.03.22, 1ª Turma, RMS 60.776-PI, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, unânime, j. 20.08.19, e 2ª Turma, RMS 55.464-RJ, Rel. Des. Mauro Campbell Marques, unânime, j. 21.11.17.

Também, os seguintes precedentes:

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO GOVERNADOR DO

ESTADO DE SÃO PAULO (...) '**Em se tratando de mandado de segurança voltado contra a ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público, os efeitos da decadência passam a operar a partir do término do prazo de validade do certame, sendo este o termo inicial da contagem do lapso decadencial previsto no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009**'. 'Após o encerramento do concurso, não se cogita mais de nomeações pois é nesse momento em que a mera expectativa pode convolar-se em direito líquido e certo à nomeação. Portanto, a partir daí, o candidato já reúne, em tese, os atributos jurídicos suficientes para combater suposta ilegalidade na ausência de nomeação'"

(TJSP, Órgão Especial, MS 0017984-02.2020.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, maioria, j. 01.07.20, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração em face de ato omissivo do Governador do Estado (ausência de nomeação de concursando) (...) Alegada violação ao direito subjetivo à nomeação que se consolidou no dia seguinte ao término do prazo de validade do concurso – **Contagem do prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança que teve início quando do término do prazo de validade do concurso** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2109709-09.2018.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, unânime, j. 07.11.18, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração em face de decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo que nomeou candidatos aprovados em concurso público para provimento do cargo de Oficial de Justiça do TJSP – **Direito à impetração que se extingue após decorridos 120 dias contados da ciência pelo interessado do ato impugnado (art. 23, da Lei 12.016/2009 – termo inicial do lapso decadencial contado do término do prazo de validade do concurso público** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2222663-32.2017.8.26.0000, Rel. Des. João Negrini Filho, unânime, j. 13.06.18, destacou-se)

Ainda, MS 0017150-33.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, unânime, j. 18.09.19, MS 0188528-67.2013.8.26.0000, Rel. Des. Vanderci Álvares, unânime, j. 12.03.14, MS 0308286-45.2010.8.26.0000, Rel. Des. Samuel Júnior, unânime, j. 09.02.11, e MS 0327576-46.2010.8.26.0000, Rel. Des. Jurandir de Sousa Oliveira, unânime, j. 13.10.10.

Com efeito, não se desconhece que "O termo dos períodos de suspensão das nomeações na esfera da Administração Federal (...) não implica, por si só, na prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão" (STF, 1ª Turma, AgRg no RE 421.938-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 09.05.06), tampouco que a Lei Complementar n.º 173/20 "não poderia tratar do prazo de validade de concursos já homologados realizados por outros entes da federação" (STF, Pleno, SS 5.507-RS, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 06.10.21).

Acesso ao Sumário

Por primeiro, cabe registrar que a decisão do C. STF, da lavra o Min. Luiz Fux, tem por fundamento concurso público do Município de Cachoeirinha, localizado no Estado do Rio Grande do Sul, cuja pretensão era a prorrogação da validade de certame com base na Lei Complementar n.º 173/20, de âmbito federal.

A hipótese aqui versada é outra.

A prorrogação dos prazos de nomeação em razão de concursos públicos no Estado de São Paulo tem por fundamento a Lei Estadual n.º 17.268, de 13.07.20, que autorizou expressamente a "suspensão dos prazos de validade de concursos públicos já homologados" (destacou-se) e que veio a ser regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 65.463, de 12.01.21, pelo qual ficaram "suspensos, até 31 de dezembro de 2021, (...) as nomeações para cargos públicos e as admissões em empregos públicos, quando vagos" (fl. 56).

Logo, a prorrogação não é resultado da incidência da lei federal, ao contrário tem por fundamento a Lei n.º 17.268/20 e o seu Decreto n.º 65.463/21, ambos do Estado de São Paulo.

No caso dos autos, o concurso foi homologado em 17.01.17 (fl. 88), com prazo de validade de dois anos, prorrogado pelo mesmo período, até 17.01.21. Entretanto, por força da Lei n.º 17.268/20 e do seu Decreto n.º 65.463/21, o prazo foi novamente prorrogado até 31.12.21, termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança, que na espécie veio a Juízo em 28.02.22 (fl. 1).

Finalmente, a despeito do texto constitucional prever que o prazo de validade dos concursos públicos será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período (CF, art. 37, inc. III), pondera-se o estado de calamidade decorrente da pandemia da Covid-19, a autorizar excepcionalmente a prorrogação da validade dos concursos públicos, seja no âmbito federal (Lei Complementar n.º 173/20), seja no âmbito do Estado de São Paulo (Lei Estadual n.º 17.268/20), leis sobre as quais não se sustenta qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Em síntese, a validade do concurso foi prorrogada até 31.12.21, após suspensão nos termos do art. 3º, *caput*, Lei Estadual n.º 17.268/20, promulgada em razão da pandemia da Covid-19, sendo que o *mandamus* foi impetrado em 28.02.22, observado o prazo decadencial do art. 23 da Lei n.º 12.016/09.

Assim, admitida a impetração do mandado de segurança, também deve ser admitida, em tese, a nomeação posterior à validade do concurso, se e quando demonstrada a ilegalidade ou o abuso de poder, o que se passa a analisar.

Preliminar rejeitada.

Do direito líquido e certo.

Os Impetrantes foram aprovados em concurso público para o cargo de Enfermeiro no Hospital Heliópolis, além da única vaga disponível no edital,

Acesso ao Sumário

consoante a seguinte classificação:

a) GENI MARTINS DA ROCHA ALMEIDA em 60º lugar;

b) ADRIANO DE SOUZA FERRAZ em 154º lugar;

c) MICOL COELHO DA SILVA ANDRADE em 223º lugar;

d) SILVANA GOMES CAPUTO em 402º lugar;

e) SANDRA FERREIRA DO ROSARIO em 410º lugar;

f) EDUARDO DOS SANTOS PEREIRA em 417º lugar; e

g) LUZIA SOARES GUTIERRES em 668º lugar.

Sustentam que sobrevieram novas vagas durante a validade do concurso e que foram convocados para escolha de vagas, mas nunca nomeados. Assim, teriam direito subjetivo à nomeação, pois possuem todos os requisitos para o cargo.

Segundo o entendimento do C. STF, no julgamento do RE 837.311-PI, com repercussão geral, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge (a) da classificação dentro do número de vagas, (b) da preterição por inobservância da ordem de classificação e (c) do surgimento de novas vagas, assim demonstrado pelo comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante a validade do concurso.

É dizer, haverá direito subjetivo à nomeação, mesmo além da quantidade de vagas do edital, se e quando demonstrado o "comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame" (idem, destacou-se).

Sobre o tema, a lição de Phillip Gil França:

"Foi-se o tempo em que a Administração Pública se limitava ao cumprimento da primazia da legalidade, na prática de seus atos. **A Administração Pública eficiente e legítima deve lançar olhos ao contexto em que atua, em especial na prática dos atos discricionários, em constante dialética com a sociedade e em permanente esforço na preservação do espectro de direitos fundamentais do indivíduo.**

No julgamento do RE 837.311 (publicado no DJe 072, divulgado em 15.04.2016), o STF bem pontuou que 'O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade'.

Isto é, **somente se pode pensar a relação entre a economia e o Direito administrativo consequencialista responsável a partir da filtragem axiológica dos princípios fundamentais que estruturam o Estado de Direito.**"

Acesso ao Sumário

(Phillip Gil França. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance*: gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, livro eletrônico, destacou-se)

No caso dos autos, os Impetrantes GENI MARTINS DA ROCHA ALMEIDA (60º lugar), ADRIANO DE SOUZA FERRAZ (154º lugar) e MICOL COELHO DA SILVA ANDRADE (223º lugar) foram convocados para a escolha de vagas (fls. 113, 115 e 108, respectivamente), o mesmo não ocorrendo em relação aos demais.

Com efeito, o ato de nomeação daqueles foi preparado (fls. 150, 146 e 158), mas não assinado (fato incontroverso), tudo a revelar o comportamento expresso do Poder Público sobre a inequívoca necessidade de nomeação daqueles candidatos.

Ademais, a convocação para a escolha de vagas é anterior à pandemia do Coronavírus (Covid-19), não servindo a enfermidade epidêmica para infirmar a ilegalidade da inércia estatal, embora também se reconheça ser, "no mínimo, paradoxal, dedicar-se a esse expediente [contratação temporária] à vista da manifestação de inequívoca necessidade de provimento de vaga" (fl. 291).

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"Mandado de Segurança. **Concurso para Enfermeiro em Hospital Público do Estado. Comprovada a necessidade de novos profissionais bem como o interesse do Administrador em preenchê-las. Indicadores documentais, incontroversos, de que as partes foram chamadas para nomeação.** Impetrado que afirma que a tácita recusa se deu porque o prazo do edital expirou. Impetração deste 'mandamus' no dia seguinte à superação do lapso temporal do prélio. Decadência. Inocorrência. Possibilidade de nomeação até o último dia. Atropelo que as impetrantes não podiam ocasionar. Existência demonstrada de concurso simplificado para o mesmo cargo, a ser preenchido por temporários. **Circunstâncias que evidenciaram hipótese de incidência do Tema 784 do STF: quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada, por parte da administração, a discricionariedade desta quanto à convocação dos aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero. Paradigma definitivo do STF.** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2005415- 95.2021.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, unânime, j. 04.08.21, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA – **Concurso Público para o cargo de Enfermeiro na Unidade de Gestão Assistencial I (UGA I) Hospital Heliópolis** – Única vaga prevista no edital preenchida de imediato – Pretensão de candidata aprovada e classificada na 158ª colocação de que seja nomeada, 'dentro do prazo legal de validade do concurso em que

Acesso ao Sumário

a mesma foi classificada' – Classificação que, por si só, não gera direito subjetivo à nomeação – Certame com homologação publicada em 18.01.2017 – Prazo de validade prorrogado por igual período, encerrando-se em 17.01.2021 – Inexistência de direito do concursado à nomeação, pois a Administração Pública pode deixar de nomear candidatos aprovados dentro do número de vagas do concurso, desde que motivada a recusa de acordo com o interesse público – Chamamento de 48 candidatos remanescentes, todavia, para expressar anuência à nomeação – Chamamento que se repetiu por mais de uma vez, neles incluída a impetrante – **Circunstâncias que comprovam a abertura de novas vagas e a manifestação inequívoca da Administração Pública quanto ao seu provimento, tanto que houve sucessivas convocações a que impetrante se apresentou e subscreveu anuência à nomeação – Impetrado que não trouxe motivação suficiente a afastar a inequívoca manifestação da necessidade do preenchimento de vagas e a intenção de preenchimento – Direito da interessada à nomeação – Entendimento do C. STF.** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2070283-82.2021.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, unânime, j. 01.12.21, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA. **Concurso público. Edital nº 46/2015. Unidade de Gestão Assistencial I – Hospital Heliópolis. Enfermeiro.** Aprovação fora do número de vagas previstas no edital. Convocação para manifestar interesse por vaga. Comparecimento. Preterição imotivada. – 1. Concurso público. Aprovação fora do número de vagas. O candidato aprovado em concurso público tem direito subjetivo à nomeação se habilitado dentro do número de vagas previstas no edital. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos, sendo necessária a demonstração de que houve preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública (RE nº 837.311-PI, STF, Pleno, Rel. Luiz Fux, 9-12-2015, Tema STF nº 784). – 2. Edital nº 46/2015. UGAI – Hospital Heliópolis. A impetrante classificou-se fora do número de vagas do edital e a ordem de classificação dos candidatos nomeados foi observada pela Administração. No entanto, **convocada duas vezes para manifestar interesse pela vaga, tendo anuído com vaga no Instituto de Infectologia 'Emílio Ribas' e figurado em minuta de nomeação elaborada pela Secretaria de Estado da Saúde no contexto de premente necessidade decorrente da pandemia de Covid-19, a impetrante deixou de ser nomeada sem justificativa plausível, a denotar arbitrária e imotivada preterição por parte da Administração. Contexto do qual emerge o direito subjetivo à nomeação. Precedentes do Órgão Especial.** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2025249-84.2021.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, unânime, j. 06.10.21, destacou-se)

Acesso ao Sumário

"MANDADO DE SEGURANÇA. **CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO E POSSE NO CARGO DE ENFERMEIRO.** AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO. PRAZO DO CONCURSO ENCERRADO. CANDIDATO QUE, DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO, FOI CONVOCADO PARA ANUIR A VAGA EXISTENTE E INFORMALMENTE NOMEADO PELA AUTORIDADE IMPETRADA. DEMONSTRADA, AINDA, A NECESSIDADE DE PESSOAL, EM RAZÃO DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE ENFERMEIRO. PRETERIÇÃO QUANTO À NOMEAÇÃO. OCORRÊNCIA. O candidato aprovado fora do número de vagas, tem mera expectativa de direito em relação à sua nomeação**. Comprovada, contudo, a existência de vaga para cargo efetivo e demonstrada a necessidade de pessoal, em razão de contratação temporária para a função de enfermeiro, surge o direito líquido e certo à nomeação dos candidatos aprovados no concurso, mesmo que fora do número de vagas do edital, consoante o Tema 784 de repercussão geral do C. Supremo Tribunal Federal.** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2013745-81.2021.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, unânime, j. 04.08.21, destacou-se)

Também, em sentido análogo, MS 2095537-57.2021.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, unânime, j. 20.04.22, MS 0038738-62.2020.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, unânime, j. 14.04.21, MS 2096324-57.2019.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, unânime, j. 06.11.19, MS 2051920-18.2019.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, unânime, j. 25.09.19, MS 2135927-74.2018.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, unânime, j. 28.11.18, e MS 0079744-30.2012.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, unânime, j. 30.01.13.

Segurança parcialmente concedida.

Diante do exposto, concede-se em parte a segurança para determinar a nomeação e posse dos candidatos GENI MARTINS DA ROCHA ALMEIDA, ADRIANO DE SOUZA FERRAZ e MICOL COELHO DA SILVA ANDRADE, se atendidos os demais requisitos previstos no edital.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Coletivo nº 2093178-03.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ANTONIO FERREIRA, FABIO JANUARIO, FLAVIA OLIVEIRA, FRANCISCA IZABEL DA SILVA MARCELINO, ANA MARIA MORELLO, SEBASTIÃO JANUARIO ALVES, IVETE ALVES BEZERRA, SHIRLEI MATEUS, MILSON DOS PASSOS MOREIRA DA SILVA e DEISE DA SILVA

LUZ, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SAO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.778)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, POÇAS LEITÃO, CAMILO LÉLLIS, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso Público. Edital 46/2015. Governador do Estado que deixou de nomear os impetrantes para cargos de enfermeiro no Hospital Heliópolis, embora os tenha convocado para escolha de vagas. Hipótese de decadência. Rejeição. Encerramento do concurso público que, no caso, ocorreu em 31/12/2021, ao passo que o presente mandado de segurança foi impetrado em 29/04/2022, dentro, portanto, do prazo de 120 dias de que trata o artigo 23 da Lei n. 12.016/2009. Não se há de cogitar, ademais, de impossibilidade de atendimento da pretensão dos impetrantes em razão da expiração do prazo de validade do concurso. Ilegalidade que, em verdade, é caracterizada exatamente pelo encerramento do certame sem a nomeação, tanto que "a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o prazo decadencial para impetrar Mandado de Segurança contra omissão da Administração em nomear candidato aprovado em concurso público é a data de expiração da validade do certame" (AgInt no RMS 36.033/MA, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 22/3/2017; AgInt no RMS 38.175/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5/10/2016; AgRg no RMS 38.849/

Acesso ao Sumário

BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29/11/2016).

Mérito. Alegação de omissão injustificada na nomeação. Reconhecimento. É certo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 837.311/PI (Tema 784), consolidou o entendimento no sentido de que "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" (item 7 da ementa), porque "podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo" (item 6 da ementa). Entretanto, ao firmar esse posicionamento, o precedente fez algumas ressalvas, reconhecendo o direito subjetivo dos candidatos, por exemplo, nas "hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas 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" (item 7). Ou seja, além da preterição por violação da ordem de classificação, o Supremo Tribunal Federal ressalvou também a hipótese (excepcional) de preterição decorrente de ato omissivo, referindo-se, especificamente, aos casos em que, a despeito do "comportamento tácito ou expresso do Poder Público", indicando a necessidade de preenchimento de novas vagas, o Administrador não convoca candidatos, ou convoca e deixa de nomeá-los, sem indicar as "razões de interesse público" para justificar a omissão (conforme item 7, "iii", da ementa). Hipótese caracterizada nos autos. Autoridade impetrada que convocou os impetrantes para escolha de vagas, reconhecendo a necessidade de reposição de pessoal, mas deixou de nomeá-los sem motivo justificado. Direito líquido e certo violado. Posicionamento alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "o ato de convocação à nomeação representa – à semelhança da hipótese de candidato aprovado

Acesso ao Sumário

dentro do número de vagas – prova suficiente tanto da disponibilidade quanto da necessidade das vagas ofertadas" (ARE n. 734.049-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 29/10/2013). Evidentemente, não se está afirmando que a Administração não possa eventualmente desistir das nomeações, apesar das convocações. Porém, como também já decidiu a Suprema Corte, "tal desistência deve ser acompanhada de motivação, com justificativa razoável" (Reclamação n. 32.532/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26/09/2022), o que não ocorre no presente caso. Segurança concedida.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SEBASTIÃO JANUÁRIO ALVES, DEISE DA SILVA LUZ, MILSON DOS PASSOS MOREIRA DA SILVA, SHIRLEI MATEUS, IVETE ALVES BEZERRA, ANTONIO FERREIRA, ANA MARIA MORELLO, FRANCISCA IZABEL DA SILVA MARCELINO, FLÁVIA OLIVEIRA LIMA SANTOS e FÁBIO JANUÁRIO SOUSA contra o GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, porque essa autoridade **deixou de nomeá-los** para os cargos de **Enfermeiro** do Hospital Heliópolis, embora tenham sido aprovados, respectivamente, na 79º, 115, 229, 102, 280ª, 203ª, 281ª, 204ª, 139ª e 85º colocações em concurso público que previa a existência de uma vaga, **conforme edital n. 46/2015** (fl. 164). Alega que a omissão da autoridade impetrada viola **direito líquido e certo** às respectivas nomeações, já que – **diante de desistência de outros candidatos** – chegaram a ser **convocados para escolha de vagas**, o que indica a necessidade de preenchimento dos postos pela administração.

Não houve deferimento de liminar (fls. 241/242).

A Procuradoria-Geral do Estado apresentou manifestação a fls. 251/255, opinando pela denegação da segurança.

A autoridade impetrada foi notificada e apresentou informações a fls. 279/288, defendendo a legalidade do ato impugnado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 296/307, opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

Em primeiro lugar, não há falar em hipótese de **decadência**, pois o encerramento do concurso público em questão ocorreu em **31/12/2021**, ao passo que o presente mandado de segurança foi impetrado em **29/04/2022**, dentro, portanto, do prazo de 120 dias de que trata o artigo 23 da Lei n. 12.016/2009.

Acesso ao Sumário

É certo que o resultado do certame foi homologado em 17/01/2017 (fl. 141), com prazo de validade de dois anos, posteriormente prorrogado por mais 02 anos, com previsão de encerramento, portanto, em **17/01/2021**.

Deve ser considerado, entretanto, que o legislador paulista, **no contexto da pandemia da Covid-19**, editou a Lei n. 17.268, de 13 de julho de 2020, estabelecendo dentre outras medidas, **a suspensão dos prazos de validade de concursos públicos já homologados na data da publicação do Decreto n. 64.879, de 20 de março de 2020** (artigo 3º, caput), com volta da contagem **a partir do término do período de calamidade pública**" (§ 2º).

Posteriormente, o Governador do Estado editou o **Decreto n. 65.463, de 12 de janeiro de 2021**, determinando, de forma mais específica, a **suspensão dos prazos dos concursos em andamento até 31/12/2021** (artigo 1º).

No presente caso, o concurso **objeto do edital 46/2015** (fls. 147/173), já havia sido homologado (e estava em andamento) tanto em 20/03/2020 (data referida pela Lei n. 17.268/2020), como em 12/01/2021 (data do Decreto n. 65.463/2021), **daí o reconhecimento de que o prazo de validade do certame**, previsto inicialmente para 17/01/2021, de fato, **foi prorrogado até 31/12/2021**.

Não se há de cogitar, ademais, de impossibilidade de atendimento da pretensão dos impetrantes em razão da **expiração do prazo de validade do concurso** (item II.b de fl. 284).

Porque a ilegalidade, em verdade, é caracterizada exatamente pelo **encerramento do certame** sem a nomeação, tanto que "**a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o prazo decadencial para impetrar Mandado de Segurança contra omissão da Administração em nomear candidato aprovado em concurso público é a data de expiração da validade do certame**" (AgInt no RMS 36.033/MA, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 22/3/2017; AgInt no RMS 38.175/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5/10/2016; AgRg no RMS 38.849/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29/11/2016).

No mérito, a segurança deve ser concedida.

Acesso ao Sumário

É certo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 837.311/PI (Tema 784), consolidou o entendimento no sentido de que "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" (item 7 da ementa), porque "**podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo**" (item 6 da ementa).

Entretanto, ao firmar esse posicionamento, **o precedente fez algumas ressalvas**, reconhecendo o direito subjetivo dos candidatos, por exemplo, nas

"hipóteses de **preterição arbitrária e imotivada** por parte da administração, caracterizadas 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" (item 7).

Ou seja, além da **preterição por violação da ordem de classificação**, o Supremo Tribunal Federal ressalvou também a hipótese (excepcional) de **preterição decorrente de ato omissivo**, referindo-se, especificamente, aos casos em que, a despeito do "**comportamento tácito ou expresso do Poder Público**", indicando a necessidade de preenchimento de novas vagas, **o Administrador não convoca candidatos**, ou convoca e **deixa de nomeá-los**, sem indicar as "**razões de interesse público**" para justificar a omissão (conforme item 7, "iii", da ementa).

No presente caso, os impetrantes aludem exatamente a essa ressalva, alegando e comprovando:

> (i) que a Administração, com autorização do Governador do Estado (fl. 52), convocou para escolha de vagas os impetrantes **Antonio Ferreira** (fl. 137), **Sebastião Januário Alves** (fl. 135), **Deise da Silva Luz** (fl. 135), **Milson dos Passos Moreira da Silva** (fl. 128), **Shirlei Mateus** (fl. 135), **Ivete Alves Bezerra** (fl. 129), **Ana Maria Morello** (fl. 129), **Francisca Izabel da Silva Marcelino** (fl. 137), **Flávia Oliveira Lima Santos** (fl. 136) e **Fábio Januário Sousa** (fl. 135);
>
> (ii) que depois dessa convocação, e do atendimento das exigências formuladas, **e apesar do comportamento expresso da Administração revelando a necessidade de preenchimento das vagas**, a Administração simplesmente deixou de nomeá-los, sem invocar quaisquer "**circunstâncias e legítimas razões de interesse público**" para justificar o ato omissivo;
>
> (iii) que, ao invés de concretizar as nomeações, a autoridade impetrada **optou por efetuar contratações temporárias**, o que implica hipótese de preterição.

Nesse caso, **o fato que justifica a concessão da segurança**, no meu entendimento, **não é a contratação de temporários**[1], nem (isoladamente) a simples **convocação** para escolha de vagas, mas sim (e principalmente) a **inexistência de motivação** (superveniente) **para a omissão na nomeação dos convocados**.

Afinal, se os atos da administração **gozam de presunção de legitimida-**

1 Conforme jurisprudência 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 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" (Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n. 66381/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 04/10/2021).

Acesso ao Sumário

de, e se as **convocações** (para escolha de vagas), **baseadas nos princípios que regem a administração pública**, pressupõe a **necessidade concreta** de reposição de pessoal, **o entendimento mais razoável**, diante das convocações de fls. 128, 129, 135, 136 e 137 e dos preparativos realizados a fls. 53, 54, 56, 63, 83, 228, 230, 233 e 235, bem como **inexistência de motivação superveniente** (em sentido contrário), é de que realmente havia (e ainda há) **necessidade de nomeação de servidores para preenchimento e reposição de vagas**.

É importante considerar, sob esse aspecto, que **ao contrário da existência de alguma motivação para a questionada omissão**, baseada em supostas "**razões de interesse público**", o que consta dos autos, na verdade, é que o Núcleo de Expediente de Pessoal e o Centro de Controle de Recursos Humanos, **diante da referida necessidade**, chegaram a elaborar minutas com indicação, inclusive, das **vagas disponíveis** a serem preenchidas (fl. 74).

Por exemplo, o impetrante **Antonio Ferreira** deveria ser nomeado "em decorrência da aposentadoria de Maria das Neves Gomes de Melo" (fl. 53); o impetrante **Sebastião Januário Alves** deveria ser nomeado "em decorrência do falecimento de Neusa Maria Lima" (fl. 83), a impetrante **Deise da Silva Luz** deveria ser nomeada em razão de cargos criados pela Lei n. 13.683/2009 (fl. 228), o impetrante **Milson dos Passos Moreira da Silva** deveria ser nomeado "em decorrência da aposentadoria de Lucilene Coelho Souza Terrenghi (fl. 235); a impetrante **Shirlei Mateus** deveria ser nomeada "em decorrência da aposentadoria de Geny Cândida de Jesus (fl. 63), a impetrante **Ivete Alves Bezerra** deveria ser nomeada em razão de cargos criados pela Lei n. 13.683/2009 (fl. 54), a impetrante **Ana Maria Morello** deveria ser nomeada "em decorrência da exoneração de Luzia Maria Vidica" (fl. 56), a impetrante **Francisca Izabel da Silva Marcelino** deveria ser nomeada "em decorrência da aposentadoria de Rita de Cassia Gonçalves (fl. 230), a impetrante **Flávia Oliveira Lima Santos** deveria ser nomeada "em decorrência da exoneração de Ana Maria Buzelin do Carmo Pereira (fl. 233) e o impetrante **Fábio Januário Sousa** deveria ser anotado "em decorrência da aposentadoria de Veronice Teodoro Vidal Affonso (fl. 83).

Acesso ao Sumário

Em casos semelhantes, referentes ao mesmo concurso (**Edital n. 46/2015**), quando a situação revela omissão (**injustificada**) na nomeação de **candidatos regularmente convocados para escolha de vagas**, este C. Órgão Especial **tem decidido pela concessão da segurança**, com base no Tema 784 do STF, conforme precedentes que seguem:

> MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso Público para o cargo de Enfermeiro na Unidade de Gestão Assistencial I (UGA I) Hospital Heliópolis. Única vaga prevista no edital preenchida de imediato. Pretensão de candidata aprovada e classificada na 158ª colocação de que seja nomeada, "dentro do prazo legal de validade do concurso em que a mesma foi classificada". Classificação que, por si só, não gera direito subjetivo à

nomeação. Certame com homologação publicada em 18.01.2017. Prazo de validade prorrogado por igual período, encerrando-se em 17.01.2021. Inexistência de direito do concursado à nomeação, pois a Administração Pública pode deixar de nomear candidatos aprovados dentro do número de vagas do concurso, desde que motivada a recusa de acordo com o interesse público. **Chamamento de 48 candidatos remanescentes, todavia, para expressar anuência à nomeação. Chamamento que se repetiu por mais de uma vez, neles incluída a impetrante. Circunstâncias que comprovam a abertura de novas vagas e a manifestação inequívoca da Administração Pública quanto ao seu provimento, tanto que houve sucessivas convocações a que impetrante se apresentou e subscreveu anuência à nomeação. Impetrado que não trouxe motivação suficiente a afastar a inequívoca manifestação da necessidade do preenchimento de vagas e a intenção de preenchimento**. Direito da interessada à nomeação. Entendimento do C. STF no sentido de que "a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero", "fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima" (RE 837.311/PI, tema 784 da Repercussão Geral, Relator Ministro Luiz Fux, j. 09.12.2015). Presença do direito líquido e certo a determinar a concessão da ordem. Segurança concedida (Mandado de Segurança Cível n.º 2070283-82.2021.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j; 01/12/2021).

MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso público. Edital nº 46/2015. Unidade de Gestão Assistencial I – Hospital Heliópolis. Enfermeiro. Aprovação fora do número de vagas previstas no edital. Convocação para manifestar interesse por vaga. Comparecimento. Preterição imotivada. 1. Concurso público. Aprovação fora do número de vagas. O candidato aprovado em concurso público tem direito subjetivo à nomeação se habilitado dentro do número de vagas previstas no edital. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos, sendo necessária a demonstração de que houve preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública (RE nº 837.311-PI, STF, Pleno, Rel. Luiz Fux, 9-12-2015, Tema STF nº 784). – 2. Edital nº 46/2015. UGAI – Hospital Heliópolis. A impetrante classificou-se fora do número de vagas do edital e a ordem de classificação dos candidatos nomeados foi ob-

Acesso ao Sumário

servada pela Administração. **No entanto, convocada duas vezes para manifestar interesse pela vaga, tendo anuído com vaga no Instituto de Infectologia "Emílio Ribas" e figurado em minuta de nomeação elaborada pela Secretaria de Estado da Saúde no contexto de premente necessidade decorrente da pandemia de Covid-19, a impetrante deixou de ser nomeada sem justificativa plausível, a denotar arbitrária e imotivada preterição por parte da Administração. Contexto do qual emerge o direito subjetivo à nomeação**. Precedentes do Órgão Especial. Segurança concedida, com observação (Mandado de Segurança Cível n.º 2025249-84.2021.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 06/10/2021).

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração com o objetivo de nomeação em cargo em que a impetrante foi aprovada em concurso para enfermeiro para lotação na Secretaria de Saúde de São Paulo, mas com classificação fora do número de vagas inicialmente previstas, sobrevindo antes do encerramento do concurso sua convocação para anuência de vaga adicional, mas sem o prosseguimento dos atos de investidura por inércia da Administração. Ato coator decorrente da edição de Edital para contratação de enfermeiros em caráter emergencial para combate à pandemia do COVID-19, sem chamamento de nenhum dos remanescentes do concurso com a nomeação pendente. NOMEAÇÃO. Jurisprudência fixada em repercussão geral nos RE's 598.099 e 837.311 que estabelece o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas do edital, se demonstrar a abertura de vagas adicionais durante o prazo da sua validade e o interesse inequívoco da Administração no seu preenchimento. **Situação, no caso em testilha, da abertura de vagas adicionais no decorrer do concurso, vindo a impetrante ser convocada para escolha da vaga e lotação, da qual anuiu – Manifestação inequívoca do Secretário de Saúde de São Paulo ao Governador no aproveitamento dos candidatos remanescentes que já tinham anuído à convocação, para reforçar a estrutura da pasta no combate à pandemia do COVID 19**. Impertinência, no caso, da publicação de Edital para contratação emergencial de enfermeiros não concursados, preterindo-se, de forma oblíqua, os candidatos remanescentes em lista ainda vigente, convocados e com anuência aposta para início de investidura. Possibilidade de efetivação dos profissionais da saúde para combate à pandemia expressamente excepcionada no artigo 8º, incisos IV, V e § 1º, da Lei Complementar Federal 173/2020. Decretos Estaduais 60.449/2014 e 61.466/2015 que autorizam o aproveitamento de remanescentes ante o interesse manifesto da Administração. **Ausência de justificativa da Administração para o não aproveitamento da lista remanescente, ainda que para contratação temporária de profissionais já qualificados em concurso, sem promessa de efetivação. Desrespeito, ainda, ao princípio da eficiência e procedimentos estabelecidos para consolidação da investidura, ou pelo menos a nomeação, antes do**

Acesso ao Sumário

encerramento do prazo de validade do certame. Ausência de boa-fé e lealdade para com o candidato. Expectativa de direito à nomeação convolada em direito subjetivo à mesma; Segurança concedida (Mandado de Segurança Cível n.º 2013558-73.2021.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. 11/08/2021).

Mandado de Segurança. Concurso para Enfermeiro em Hospital Público do Estado. Comprovada a necessidade de novos profissionais bem como o interesse do Administrador em preenchê-las. Indicadores documentais, incontroversos, de que a parte foi chamada para sua nomeação. Impetrado que afirma que a tácita recusa se deu porque o prazo do edital expirou. Impetração deste 'mandamus' não mais de sessenta dias desde a superação do lapso temporal do prélio. Decadência. Inocorrência. Possibilidade de nomeação até o último dia de validade do concurso. Atropelo que a impetrante não podia ocasionar. **Circunstâncias que evidenciaram hipótese de incidência do Tema 784 do STF: quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada, por parte da administração, a discricionariedade desta quanto à convocação dos aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero**. Paradigma definitivo do STF. Concessão da ordem (Mandado de Segurança Cível n.º 2054544-69.2021.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 11/08/2021).

Trata-se de posicionamento alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "**o ato de convocação à nomeação representa** – à semelhança da hipótese de candidato aprovado dentro do número de vagas – **prova suficiente tanto da disponibilidade quanto da necessidade das vagas ofertadas**" (ARE n. 734.049-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 29/10/2013).

Evidentemente, **não se está afirmando que a Administração não possa eventualmente desistir das nomeações**, apesar das convocações. Porém, como também já decidiu a Suprema Corte, "**tal desistência deve ser acompanhada de motivação, com justificativa razoável**, como, por exemplo, superveniente indisponibilidade orçamentária ou extrapolamento do limite de gastos com pessoal. **Com isso, cumpre-se o objetivo maior da fixação da tese firmada em repercussão geral, qual seja a observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade na gestão da coisa pública**" (Reclamação n. 32.532/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26/09/2022).

No presente caso, **não existindo qualquer outro ato posterior à convocação que justificasse a omissão da autoridade impetrada**, o caso é de concessão da segurança, com base no precedente supramencionado (Tema 784 do STF), ou seja, na **ausência de nomeação**, sem motivo justificado, apesar do **comportamento expresso do Poder Público**, revelando a necessidade de

Acesso ao Sumário

preenchimento das vagas.

Ante o exposto, afasto a questão preliminar, e **concedo a segurança** para assegurar aos impetrantes o direito à nomeação e posse, conforme postulado na petição inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Coletivo nº 2051135-51.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ROSELI CORREA DA SILVA BONFIM, RENATA APARECIDA DOS SANTOS, CIBELE APARECIDA GALDINO DA SILVA, LUCIMARA APARECIDA FORTUNATO, ADRIELI CRISTINA DOS SANTOS e VERONICA PEREIRA BRITO, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM EM PARTE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.988)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, POÇAS LEITÃO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 16 de novembro de 2022.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA ENFERMEIRO DO HOSPITAL HELIÓPOLIS – ABERTURA DE VAGAS DURANTE A VALIDADE DO CONCURSO PÚBLICO – CONTRATAÇÃO, PORÉM, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ENFERMEIROS POR TEMPO DETERMINADO – PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA NA NOMEAÇÃO DE ALGUNS DOS CANDIDATOS APROVADOS – TEMA

Acesso ao Sumário

784 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONCESSÃO DA SEGURANÇA EM RELAÇÃO A QUATRO DAS IMPETRANTES – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA EM RELAÇÃO A UMA DAS IMPETRANTES.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de São Paulo, que deixou de nomear as impetrantes para cargos efetivos de enfermeiras, em cujo concurso público foram aprovadas.

Sustentam as impetrantes que prestaram concurso público aberto pelo Hospital Heliópolis através do Edital nº 46/2015, para cargo efetivo de enfermeiro, e, embora tenham sido aprovadas fora da única vaga prevista no edital, no transcorrer do prazo de validade do concurso foram sendo abertas novas vagas, para cuja escolha foram convocadas, o que fez nascer para elas o direito líquido e certo de serem nomeadas para o cargo. Todavia, a Administração Pública, ao invés de nomeá-las, preencheu as vagas abertas mediante contratação de pessoal de forma precária, por tempo determinado, usando como justificativa a pandemia causada pela Covid-19, e deixou expirar o prazo de validade do concurso, restando, assim, caracterizada suas preterições de forma arbitrária e imotivada.

Transcrevem jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Órgão Especial.

Postulam concessão de liminar e, no mérito, concessão da segurança para que sejam nomeadas e empossadas nos cargos de enfermeiras, com publicação de seus nomes no Diário Oficial.

O relator extinguiu liminarmente o processo, sem exame do mérito, em relação à impetrante Lucimara Aparecida Fortunato, denegando-lhe a segurança, nos termos dos arts. 76, § 1º, inciso I, e 485, inciso IV, ambos do CPC c.c. arts. 6º, § 5º, e 10 da Lei nº 12.016/2009; em relação à impetrante Rosana de Carvalho Milessi, indeferiu a petição inicial e determinou o cancelamento da distribuição, denegando-lhe também a segurança, nos termos dos arts. 290 e 485, inciso I, ambos do CPC c.c. arts. 6º, § 5º, e 10 da Lei nº 12.016/2009; e, em relação às impetrantes Roseli Correa da Silva Bonfim, Renata Aparecida dos Santos, Cibele Aparecida Galdino da Silva, Adrieli Cristina dos Santos e Veronica Brito Pereira, concedeu o benefício da justiça gratuita e indeferiu a liminar postulada (fls. 138, 145/146, 154/156).

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pelo Procurador do Estado, requereu sua admissão no feito, tendo sido cadastrada no processo como inte-

Acesso ao Sumário

ressada (fls. 159/160).

O Governador do Estado de São Paulo prestou informações, postulando a denegação da ordem (fls. 164/173).

A Procuradoria Geral de Justiça, ao contrário, opinou pela concessão da segurança (fls. 181/195).

É o Relatório.

Segundo a inicial e documentos que a instruíram, Roseli Correa da Silva Bonfim, Adrieli Cristina dos Santos, Renata Aparecida dos Santos, Cibele Aparecida Galdino da Silva e Veronica Brito Pereira prestaram concurso público aberto pelo Hospital Heliópolis através do Edital nº 46/2015, para uma vaga no cargo efetivo de enfermeiro, e foram aprovadas e classificadas, respectivamente, nas seguintes colocações: 143ª, 182ª, 227ª, 300ª e 534ª (fls. 46/57).

O concurso público foi homologado em 17 de janeiro de 2017 e tinha prazo de validade de 2 anos, tendo sido prorrogado até 17 de janeiro de 2021, todavia, a Lei Estadual nº 17.268/2020 em seu art. 3º expressamente dispôs sobre a suspensão dos prazos de validade dos concursos, e a ela se seguiu o Decreto nº 65.463/2021, que alterou o termo final da suspensão para 31.12.2021, com impetração deste mandado de segurança em 10.03.2022, no prazo a que alude o art. 23 da Lei nº 12.016/09.

Alegam as impetrantes que foram convocadas para escolha de vagas, porém, acabaram sendo preteridas na nomeação para os cargos efetivos, pois a Administração Pública, no prazo de validade do concurso público, realizou processo seletivo simplificado para contratação de enfermeiros por tempo determinado e deixou expirar o prazo de validade do certame sem nomeá-las para os cargos efetivos de enfermeiro.

Segundo as informações prestadas pelo Governador do Estado de São Paulo, a única vaga prevista no edital do concurso público foi preenchida pelo candidato habilitado para ela, o qual foi nomeado para o cargo efetivo de enfermeiro. Posteriormente, e no prazo de validade do concurso público, foram abertas mais 48 novas vagas, que também foram preenchidas pelos candidatos remanescentes, de acordo com a ordem de classificação, os quais também foram nomeados para as novas vagas nos cargos efetivos de enfermeiro. Como as impetrantes foram classificadas fora do número de vagas remanescentes e foi atingido o termo final do prazo de validade do concurso público, elas não poderiam ter sido nomeadas, ainda que dentro do prazo de validade do certame tenham sido convocadas para escolha de vagas, pois convocação dessa natureza, por si só, não cria vínculo entre os convocados e a Administração Pública. Ademais, segundo ainda as informações prestadas pelo Governador do Estado de São Paulo, a contratação de enfermeiros por tempo determinado, na vigência do concurso público, observou os requisitos previstos na legislação estadual e não

Acesso ao Sumário

implicou preterição arbitrária e imotivada dos candidatos aprovados no certame (fls. 164/173).

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Tema 784 de repercussão geral daquela Suprema Corte, fixou a tese de que "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, caracterizadas 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" (Recurso Extraordinário nº 837.311/PI, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 18 de abril de 2016).

E em outras ocasiões aquela Corte Suprema já havia decido que:

"... havendo aprovados em concurso público ainda vigente, configura preterição na ordem de nomeação a contratação temporária de pessoal para o exercício das atribuições destinadas aos aprovados no certame" (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 659.921/MA, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 09.08.2013);

"A ocupação precária, por comissão, terceirização ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o concurso público, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal" (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 649.046/MA, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 13.09.2012).

No caso, os documentos que instruíram a petição inicial demonstram que as impetrantes Roseli Correa da Silva Bonfim, Adrieli Cristina dos Santos, Renata Aparecida dos Santos e Cibele Aparecida Galdino da Silva foram classificadas, respectivamente, nas posições 143ª, 182ª, 227ª e 300ª do concurso público, bem como que foram abertas vagas para o cargo efetivo de enfermeiro até a posição 345ª da lista de classificados e, em seguida e no prazo de validade do certame, foi aberto processo seletivo simplificado para preenchimento das vagas abertas mediante contratação temporária de enfermeiros, o que comprova claramente a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública em nomeá-las para o cargo efetivo de enfermeiro no período de validade do concurso público (fls. 43, 58, 59, 61/75).

Ressalte-se que o Decreto Estadual nº 64.937, de 13 de abril de 2020, que dispôs sobre medidas de redução de despesas com pessoal e encargos sociais durante a vigência do estado de calamidade pública decorrente da pandemia causada pelo Covid-19, e permaneceu em vigor até janeiro de 2021, quando

Acesso ao Sumário

foi revogado pelo Decreto Estadual nº 65.463, de 12 de janeiro de 2021, ao suspender as nomeações para cargos públicos vagos, expressamente excluiu da suspensão as nomeações para cargos públicos na Secretaria da Saúde, nos termos do seu art. 1º, inciso V c.c. § 2º, inciso I, o que afasta qualquer justificativa para abertura de processo seletivo simplificado para contratação temporária de enfermeiros por volta de abril de 2020, como se deu no caso (fls. 59, 62/76).

Ressalte-se ainda que os nomes das impetrantes Roseli Correa da Silva Bonfim, Adrieli Cristina dos Santos, Renata Aparecida dos Santos e Cibele Aparecida Galdino da Silva constaram do ato de nomeação para cargos efetivos de enfermeiro subscrita pelo Secretário Executivo da Secretária de Estado da Saúde em 27 de julho de 2020, com designação para ocupar postos, respectivamente, na "Unidade de Gestão Assistencial II", no "Instituto de Infectologia Emílio Ribas", no "Conjunto Hospitalar do Mandaqui" e no "Complexo Hospitalar do Juquery", mas o Governador do Estado de São Paulo deixou de subscrevê-lo na ocasião, sem justificativa, o que corrobora a existência de vagas abertas para os cargos efetivos e a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública em nomeá-las para tais cargos no prazo de validade do concurso público (fls. 112/132).

É caso, portanto, de concessão da segurança em relação às impetrantes Roseli Correa da Silva Bonfim, Adrieli Cristina dos Santos, Renata Aparecida dos Santos e Cibele Aparecida Galdino da Silva, reconhecendo-lhes o direito de serem nomeadas para os cargos efetivos de enfermeiro.

Assim, aliás, vem decidindo o Órgão Especial em casos específicos como esse, envolvendo o mesmíssimo concurso público para o cargo efetivo de enfermeiro:

"Mandado de Segurança. Concurso para Enfermeiro em Hospital Público do Estado. Comprovada a necessidade de novos profissionais, bem como o interesse do Administrador em preenchê-las. Indicadores documentais, incontroversos, de que as partes foram chamadas para nomeação. Impetrado que afirma que a tácita recusa se deu porque o prazo do edital expirou. Impetração deste 'mandamus' no dia seguinte à superação do lapso temporal do prélio. Decadência. Inocorrência. Possibilidade de nomeação até o último dia. Atropelo que as impetrantes não podiam ocasionar. Existência demonstrada de concurso simplificado para o mesmo cargo, a ser preenchido por temporários. Circunstâncias que evidenciaram hipótese de incidência do Tema 784 do STF: quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada, por parte da administração, a discricionariedade desta quanto à convocação dos aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero. Paradigma definitivo do STF. Concessão da ordem" (Mandado de Segurança nº 2005415-95.2021.8.26.0000, Relator Desembargador Costabile e

Acesso ao Sumário

Solimene, julgado em 04.08.2021);

"Mandado de Segurança. Impetração com o objetivo de nomeação em cargo em que a impetrante foi aprovada em concurso para enfermeiro para lotação na Secretaria de Saúde de São Paulo, mas com classificação fora do número de vagas inicialmente previstas, sobrevindo antes do encerramento do concurso sua convocação para anuência de vaga adicional, mas sem o prosseguimento dos atos de investidura por inércia da Administração. Ato coator decorrente da edição de Edital para contratação de enfermeiros em caráter emergencial para combate à pandemia do COVID-19, sem chamamento de nenhum dos remanescentes do concurso com a nomeação pendente. Nomeação. Jurisprudência fixada em repercussão geral nos RE's 598.099 e 837.311 que estabelece o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas do edital, se demonstrar a abertura de vagas adicionais durante o prazo da sua validade e o interesse inequívoco da Administração no seu preenchimento. Situação, no caso em testilha, da abertura de vagas adicionais no decorrer do concurso, vindo a impetrante ser convocada para escolha da vaga e lotação, da qual anuiu. Manifestação inequívoca do Secretário de Saúde de São Paulo ao Governador no aproveitamento dos candidatos remanescentes que já tinham anuído à convocação, para reforçar a estrutura da pasta no combate à pandemia do COVID 19. Impertinência, no caso, da publicação de Edital para contratação emergencial de enfermeiros não concursados, preterindo-se, de forma oblíqua, os candidatos remanescentes em lista ainda vigente, convocados e com anuência aposta para início de investidura. Possibilidade de efetivação dos profissionais da saúde para combate à pandemia expressamente excepcionada no artigo 8º, incisos IV, V e § 1º, da Lei Complementar Federal 173/2020. Decretos Estaduais 60.449/2014 e 61.466/2015 que autorizam o aproveitamento de remanescentes ante o interesse manifesto da Administração. Ausência de justificativa da Administração para o não aproveitamento da lista remanescente, ainda que para contratação temporária de profissionais já qualificados em concurso, sem promessa de efetivação. Desrespeito, ainda, ao princípio da eficiência e procedimentos estabelecidos para consolidação da investidura, ou pelo menos a nomeação, antes do encerramento do prazo de validade do certame. Ausência de boa-fé e lealdade para com o candidato. Expectativa de direito à nomeação convolada em direito subjetivo à mesma. Segurança concedida" (Mandado de Segurança nº 2013558-73.2021.8.26.0000, Relator Desembargador Jacob Valente, julgado em 11.08.2021);

"Mandado de Segurança. Candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas do edital. Pretensão de nomeação e posse no cargo de enfermeiro. Ausência de nomeação. Prazo do concurso encerrado. Candidato que, durante o prazo de validade do concurso, foi convocado para anuir à vaga existente e informalmente nomeado pela autoridade impetrada, demonstrada, ain-

Acesso ao Sumário

da, a necessidade de pessoal, em razão de contratação temporária para o exercício da função de enfermeiro. Pretensão quanto à nomeação. Ocorrência. O candidato aprovado fora do número de vagas, tem mera expectativa de direito em relação à sua nomeação. Comprovada, contudo, a existência de vaga para cargo efetivo e demonstrada a necessidade de pessoal, em razão de contratação temporária para a função de enfermeiro, surge o direito líquido e certo à nomeação dos candidatos aprovados no concurso, mesmo que fora do número de vagas do edital, consoante o Tema 784 de repercussão geral do C. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança concedido, com determinação de imediata nomeação do impetrante ao cargo pretendido (Mandado de Segurança nº 2013745-81.2021.8.26.0000, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi, julgado em 04.08.2021);

"Mandado de Segurança. Concurso público. Edital nº 46/2015. Unidade de Gestão Assistencial I – Hospital Heliópolis. Enfermeiro. Aprovação fora do número de vagas previstas no edital. Convocação para manifestar interesse por vaga. Comparecimento. Preterição imotivada. 1. Concurso público. Aprovação fora do número de vagas. O candidato aprovado em concurso público tem direito subjetivo à nomeação se habilitado dentro do número de vagas previstas no edital. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos, sendo necessária a demonstração de que houve preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública (RE nº 837.311-PI, STF, Pleno, Rel. Luiz Fux, 9-12-2015, Tema STF nº 784). 2. Edital nº 46/2015. UGAI – Hospital Heliópolis. A impetrante classificou-se fora do número de vagas do edital e a ordem de classificação dos candidatos nomeados foi observada pela Administração. No entanto, convocada duas vezes para manifestar interesse pela vaga, tendo anuído com vaga no Instituto de Infectologia 'Emílio Ribas' e figurado em minuta de nomeação elaborada pela Secretaria de Estado da Saúde no contexto de premente necessidade decorrente da pandemia de Covid-19, a impetrante deixou de ser nomeada sem justificativa plausível, a denotar arbitrária e imotivada preterição por parte da Administração. Contexto do qual emerge o direito subjetivo à nomeação. Precedentes do Órgão Especial. Segurança concedida, com observação" (Mandado de Segurança nº 2025249-84.2021.8.26.0000, Relator Desembargador Torres de Carvalho, julgado em 06.10.2021);

"Mandado de Segurança. Concurso para Enfermeiro em Hospital Público do Estado. Comprovada a necessidade de novos profissionais bem como o interesse do Administrador em preenchê-las. Indicadores documentais, incontroversos, de que a parte foi chamada para sua nomeação. Impetrado que afirma que a tácita recusa se deu porque o prazo do edital expirou. Impetração deste 'mandamus' não mais de sessenta dias desde a superação do lapso temporal

Acesso ao Sumário

do prélio. Decadência. Inocorrência. Possibilidade de nomeação até o último dia de validade do concurso. Atropelo que a impetrante não podia ocasionar. Circunstâncias que evidenciaram hipótese de incidência do Tema 784 do STF: quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada, por parte da administração, a discricionariedade desta quanto à convocação dos aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero. Paradigma definitivo do STF. Concessão da ordem" (Mandado de Segurança nº 2054544-69.2021.8.26.0000, Relator Desembargador Costabile e Solimene, julgado em 11.08.2021);

"Mandado de Segurança – Concurso Público para o cargo de Enfermeiro na Unidade de Gestão Assistencial I (UGA I) Hospital Heliópolis – Única vaga prevista no edital preenchida de imediato – Pretensão de candidata aprovada e classificada na 158ª colocação de que seja nomeada, 'dentro do prazo legal de validade do concurso em que a mesma foi classificada' – Classificação que, por si só, não gera direito subjetivo à nomeação – Certame com homologação publicada em 18.01.2017 – Prazo de validade prorrogado por igual período, encerrando-se em 17.01.2021 – Inexistência de direito do concursado à nomeação, pois a Administração Pública pode deixar de nomear candidatos aprovados dentro do número de vagas do concurso, desde que motivada a recusa de acordo com o interesse público – Chamamento de 48 candidatos remanescentes, todavia, para expressar anuência à nomeação – Chamamento que se repetiu por mais de uma vez, neles incluída a impetrante – Circunstâncias que comprovam a abertura de novas vagas e a manifestação inequívoca da Administração Pública quanto ao seu provimento, tanto que houve sucessivas convocações a que impetrante se apresentou e subscreveu anuência à nomeação – Impetrado que não trouxe motivação suficiente a afastar a inequívoca manifestação da necessidade do preenchimento de vagas e a intenção de preenchimento – Direito da interessada à nomeação – Entendimento do C. STF no sentido de que 'a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero', 'fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima' (RE 837.311/PI, tema 784 da Repercussão Geral, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 09.12.2015) – Presença do direito líquido e certo a determinar a concessão da ordem" (Mandado de Segurança nº 2070283-82.2021.8.26.0000, Relator Desembargador João Carlos Saletti, julgado em 01.12.2021).

Acesso ao Sumário

Quanto à impetrante Veronica Brito Pereira é caso de denegação da segurança, pois os documentos que instruíram a petição inicial demonstram que ela foi classificada na 534ª posição do concurso público e que as vagas abertas para o cargo efetivo de enfermeiro e preenchidas por enfermeiros contratados por tempo determinado não alcançaram a posição que obteve no certame, não tendo havido assim, no caso dela, preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública em nomeá-las para o cargo efetivo de enfermeiro no período de validade do concurso público (fls. 46/57, 58, 59, 61/75).

Pelo exposto, concedo a segurança em relação às impetrantes Roseli Correa da Silva Bonfim, Adrieli Cristina dos Santos, Renata Aparecida dos Santos e Cibele Aparecida Galdino da Silva, reconhecendo-lhes o direito de serem nomeadas para os cargos efetivos de enfermeiro, e denego a segurança em relação à impetrante Veronica Brito Pereira. Custas na forma da lei. Sem honorários (Súmula nº 512, STF; Súmula nº 105, STJ; Lei nº 12.016/09, art. 25).

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº (...), da Comarca de (...), em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são representados (...) (JUIZ DE DIREITO) e (...).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.538)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, CAMILO LÉLLIS, 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, ELCIO TRUJILLO e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FORMULADO POR DELEGAÇÃO DO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA – IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA – INAPLICABILIDADE DO ART. 28 DO CPP.

Representação contra juiz de direito em razão de suposta prática de crimes de ameaça e violência psicológica contra a mulher. Pedido de arquivamento formulado por delegação do Procurador Geral de Justiça que vincula este E. Órgão Especial. Precedentes do STJ. Ausência de elementos para deflagrar a persecução penal. Requerimento Ministerial de arquivamento dos autos deferido.

VOTO

Trata-se de pedido de arquivamento de representação criminal oferecida por (...) em face de seu ex-marido, (...), Juiz de Direito na Comarca de (...), e sua atual companheira (...), em razão de suposta prática de crimes de ameaça e violência psicológica contra a mulher (artigos 147 e 147-B do Código Penal).

Analisados os autos, a douta Procuradoria Geral de Justiça não vislumbrou quaisquer indícios da prática de infração penal e pediu o arquivamento dos autos.

É o relatório.

A representante imputa aos representados a prática de atos que poderiam configurar, em tese, os crimes de ameaça e violência psicológica contra a mulher (artigos 147 e 147-B do Código Penal), de ação penal pública.

O titular da ação penal (art. 129, I, CF), no entanto, requereu o arquivamento da representação nos seguintes termos:

> O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo Procurador de Justiça infra-assinado, atuando por delegação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público e Portarias nº 4925 a 4927/2022-PGJ), vem respeitosamente a presença de Vossa Excelência, em atenção ao despacho de fls. 34/35, expor e requerer o quanto segue.
>
> Trata-se de pedido de medida protetiva oriundo da Delegacia de Polícia da Mulher de (...), a partir do registro de ocorrência lavrado por (...), narrando crimes de ameaça e violência psicológica supostamente perpetrados por seu ex-marido (...), Juiz de Direito na Comarca de (...), e atual companheira (...).
>
> Consta do Boletim de Ocorrência n. (...), lavrado em (...), que o autor dos fatos ameaçou a ex-mulher por meio dos filhos, a quem teria dito "eu

Acesso ao Sumário

vou deixar sua mãe na miséria, vou infernizar a vida dela, vou acabar com ela". Ela narra que o autor dos fatos teria invocado sua condição de Juiz de Direito para dizer aos filhos que tem porte de arma de fogo e facilidade para investigação de quem estivesse na casa com as crianças. Ela acrescentou que o autor dos fatos se dirigiu até a administração do condomínio em que reside com a finalidade de buscar informações sobre as pessoas que frequentavam a casa dela, em "atitude ameaçadora" que gerava atenção da segurança do local especialmente porque seu atual namorado também frequenta sua residência. Ela narra ainda que sofreu humilhação pela mudança de casa e destaca que a atual companheira do autor dos fatos tem contribuído para abalo de confiança dos filhos. Pede medidas protetivas para que o autor dos fatos e sua atual companheira mantenham distância. A vítima manifesta o desejo de representar criminalmente (Boletim de Ocorrência a fls. 01/03).

Foram colhidas as declarações da ofendida (fls. 05).

Há nos autos questionário de atendimento da DDM, onde a vítima informa que seus filhos passam por chantagens com bens materiais e afirma que está divorciada do autor dos fatos, mas requer medidas protetivas de afastamento do lar, proibição de aproximação, proibição de contato, proibição de frequência a lugares, restrição de visitas do agressor e acompanhamento psicossocial do agressor (fls. 06/08).

Distribuídos os autos perante a (...) Vara Criminal de (...), o Ministério Público requereu sua redistribuição a este C. Órgão Especial (fls. 11). O MM. Juiz da (...) Vara de (...) declarou sua suspeição (fls. 13). Redistribuídos os autos à (...) Vara de (...), houve designação de Magistrado (fls. 17/18). Determinada a remessa a este C. Órgão Especial (fls. 22), determinou-se a intimação do magistrado e da atual companheira, para manifestação (fls. 34/35).

Os averiguados prestaram informações a fls. 44/57, negando a prática de qualquer delito.

É o relatório.

Melhor analisando os autos, e com as informações e documentos apresentados pelos averiguados, entendo ser o caso de indeferimento das medidas cautelares e arquivamento, desde logo, do presente procedimento.

A ofendida (...) relatou, no BO (...), da DDM de (...), lavrado em (...), que, desde que há cerca de um ano iniciou um novo relacionamento, passou a receber ameaças através de seus filhos menores.

Presente nesta especializada a vítima, (...), informando que o autor é seu ex-marido, o Sr. (...) com quem foi casada durante (...) anos, mas há (...) anos estão separados de corpos e o divórcio foi assinado há (...) atrás. Aduz a vítima que ela e o autor possuem (...) filhos, frutos desta relação, (...) de (...) anos que é (...) e (...) de (...) anos e a guarda de ambas é compartilhada. (...) declara que há 1 ano começou a se relacionar com

Acesso ao Sumário

outra pessoa e que desde então a vítima soube pelos seus filhos que o autor diz para eles “Eu vou investigar qualquer um que sua mãe colocar para dentro da casa de vocês, pois tenho facilidade em fazer isso” (sic), visto que a profissão do mesmo é Juiz de Direito e TEM PORTE DE ARMA DE FOGO. Ademais, a vítima também tomou conhecimento através de seus filhos de que o autor a ameaça dizendo “Eu vou deixar sua mãe na miséria, eu vou infernizar a vida dela, eu vou acabar com ela” (sic), deixando-a temerosa. (...) alega que por diversas vezes o autor a ameaça dizendo que irá tirar a guarda das crianças dela, afirmando não ser saudável residir com a mesma, deixando-a ainda mais abalada e confusa pois ela relata que (...) se recusa sempre a passar os feriados com as crianças quando solicitado, mas que atualmente os filhos estão passando uma temporada em companhia do pai, por livre e espontânea vontade. Aduz a vítima que (...) dirigiu-se por diversas vezes, até a administração de seu domicílio para obter informações sobre as pessoas que ela recebia dentro de casa, que os funcionários tinham ordens expressas da administração do condomínio para vigiar (...) em todas as suas visitas pelo local, pois tinha uma atitude ameaçadora, visto que o namorado de (...) também visitava a residência e a equipe de segurança temia pela integridade física das partes e selava pela paz no condomínio e relata que (...) sempre lhe dizia que a casa era dele, que ela só tinha direito de ficar lá por conta da lei, mas que a propriedade em si lhe pertencia, por essa HUMILHAÇÃO e outros motivos a vítima teve de se mudar do local para ter um pouco de paz, porém não conseguiu. Vale ressaltar que após a saída de (...) da casa, hoje (...) está de volta ao lar como morador. Inclui a vítima que a nova esposa de (...) tem inventado mentiras a seu respeito para seus filhos, dizendo que ela teria jogado seu carro para cima dela, o que jamais aconteceu e fazendo com que seus filhos tenham sua confiança em sua mãe abalada. Sendo assim, a vítima, muito temerosa pelo seu bem estar e saúde mental, compareceu nesta especializada para elaboração do boletim de ocorrência como forma de registrar os fatos e solicita as medidas protetivas de urgência para se ver distante de (...) e de sua atual companheira. (...) foi orientada quanto ao prazo decadencial de 6 meses para representar em desfavor do autor e neste ato MANIFESTA O DESEJO DE REPRESENTAR CRIMINALMENTE CONTRA (...). Nada mais.

Em primeiro lugar, observe-se que os mesmos fatos acima descritos já haviam sido registrados em outro boletim de ocorrência da mesma DDM de (...) – BO nº (...) –, na data de (...) – (cf. documento juntado a fls. 24/25 do HC nº (...)):

(...)

Sendo assim, forçoso reconhecer que, ainda que, por hipótese, verdadeiros e em tese criminosos os fatos descritos, já estaria extinta a punibilidade pela decadência.

Ainda que assim não fosse, os esclarecimentos prestados pelo magistra-

Acesso ao Sumário

do e sua atual companheira afastam a justa causa o prosseguimento de investigação criminal.

Esclareceu-se que magistrado passou a morar na casa localizada no (...) (em que inicialmente morara a ofendida quando da separação), a partir de (...), mediante pagamento de aluguel no valor de (...), o que se deu por acordo devidamente apresentado em juízo (v. fls. 78/79).

Também ficou esclarecido que, após o divórcio, as partes entabularam novo acordo, em (...), para fixar a residência do menor (...) junto ao genitor (cf. fls. 82).

Aparentemente, essa alteração de local de residência do menor (...) (...) se deu por conta de incidente ocorrido, no dia (...), envolvendo o atual namorado da mãe, (...) (v. fls. 89):

(...)

Os fatos ensejaram também que fosse aplicada medida protetiva, nos autos de nº (...), proibindo a aproximação do namorado da genitora de (...). A medida foi deferida em (...) (fls. 90).

Ora, três dias depois, em (...), quando (...) renovou o registro dos fatos na DDM de (...), essas circunstâncias não apareceram, tendo sido afirmado que as crianças estavam apenas "passando uma temporada em companhia do pai, por livre e espontânea vontade".

Nesse contexto, razoável concluir que, não obstante a clara animosidade existente entre os envolvidos, não se vislumbra, sequer em tese, a ocorrência de fato criminoso que justifique a instauração de procedimento de investigação criminal.

Os fatos narrados no boletim de ocorrência não configuram grave ameaça suficiente para a caracterização de crime, mas conflito e litígio cível a ser dirimido na esfera própria.

Não se verifica qualquer tipo de perseguição ou abuso, ao menos suficiente para a incidência de tipos penais.

Diante das razões expostas, não despontando destes autos dados plausíveis capazes de levar ao reconhecimento da prática de infração penal, propõe-se, por delegação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público), o ARQUIVAMENTO destes autos, ressalvado o disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal.

Como no caso o ilustre Procurador de Justiça Mario Antonio de Campos Tebet atua por delegação do Procurador Geral de Justiça, o pedido de arquivamento não é passível de recusa, sendo inaplicável o art. 28 do CPP, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. FINALIDADE ESPECÍFICA. ART. 105, I, "A", DA CF/1988. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DE ESTADO. PREEXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO SOBRE

Acesso ao Sumário

OS MESMOS FATOS SOB OUTRA RELATORIA NA CORTE ESPECIAL. ARQUIVAMENTO PROMOVIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA OU EM SEU LUGAR, POR DELEGAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 28 DO CPP. ACOLHIMENTO. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL.

CONTEXTO FÁTICO DA INVESTIGAÇÃO 1. Trata-se de suspeitas da ocorrência de ilícitos penais relacionadas à conduta funcional de Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

2. Hipóteses que configurariam corrupção passiva e ativa, conforme previsto nos arts. 317 e 333 do Código Penal, atribuíveis ao investigado. DILIGÊNCIAS EFETUADAS, ANÁLISE E OPINIÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL

3. Em manifestação de sete laudas, o Parquet Federal demonstrou que empreendeu diversas diligências investigativas, tais como a requisição de documentos e análise subsequente.

4. Ao término do procedimento e não obstante o empenho verificado, o Ministério Público Federal identificou a preexistência de outro Inquérito destinado a averiguar os mesmos fatos, já distribuído à relatoria de outro Ministro, no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prejudicando, por isso, o prosseguimento da apuração nestes autos, sob pena de bis in idem.

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÃO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

5. Quando o Ministério Público Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República ou por quem o represente, por delegação, nos casos de competência originária desta Corte Especial, promove o arquivamento de investigação policial, por não encontrar elementos suficientes à continuidade das apurações ou para a apresentação de denúncia, não há alternativa além do acolhimento de tal pleito, diante da inaplicabilidade da remessa prevista no art. 28 do Código de Processo Penal.

6. A propósito, é remansosa a jurisprudência da Corte Especial no sentido pretendido pelo Parquet, uma vez que, "inexistindo, a critério do Procurador-Geral, elementos que justifiquem o oferecimento de denúncia, não pode o Tribunal, ante a declarada ausência de formação da 'opinio delicti', contrariar o pedido de arquivamento deduzido pelo Chefe do Ministério Público" (Sd 65/PA, Corte Especial, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 7.8.2017, destaque nosso).

7. Por sua reconhecida precisão, relembro as palavras da eminente Ministra Nancy Andrighi, nesta Corte Especial, no Inquérito 1.112, (DJe 13.2.2019): "Com efeito, nessas hipóteses, o pedido de arquivamento de inquérito, de peça de informação ou de qualquer expediente revelador de notitia criminis formulado pelo Procurador-Geral da República ou mesmo por Vice-Procurador-Geral da República, oficiando por delegação do Procurador-Geral da República, vincula esta Corte, não sendo

Acesso ao Sumário

aplicável o disposto no art. 28 do CPP. Nesse sentido: STJ, Inq 473/GO, Corte Especial, DJe de 27/11/2013; STJ, Inq. 967/DF, Corte Especial, DJe 30/03/2015." (destaquei em negrito.)

CONCLUSÃO

8. Arquivamento acolhido quanto a este Inquérito e, portanto, sem prejuízo ou qualquer reflexo no prosseguimento do outro apuratório, conforme detalhado pelo Parquet Federal. (Inq 1500/DF, Corte Especial, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/09/22).

PROCESSUAL PENAL. SINDICÂNCIA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO PELO VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (CPP, ART. 28). INVIABILIDADE DE OBJEÇÃO AO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DEFERIDO (CPP, ART. 18).

1. Em Sindicância instaurada para apurar supostos crimes por parte de Desembargador de Tribunal de Justiça, vem pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público Federal, representado pelo Vice-Procurador-Geral da República, ante a inexistência de suporte probatório mínimo para o prosseguimento das investigações.

2. No contexto, descabe contrariar a promoção ministerial vinculativa, devendo ser deferida. Precedentes.

3. Afastada a participação da autoridade com prerrogativa de foro, pelo menos no estado preliminar em que se encontram as investigações, declina-se da competência em relação ao restante da investigação.

4. Pedido de arquivamento deferido, com a ressalva do disposto no art. 18 do CPP, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau da Justiça Estadual. (Sd 799/DF, Corte Especial, Rel. Min. Raul Araujo, j. 15/12/21).

É esse também o entendimento desta E. Corte:

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL FORMULADA CONTRA PROMOTOR DE JUSTIÇA – IMPUTAÇÃO DE DELITO DE PREVARICAÇÃO – PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FORMULADO PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ILÍCITO PENAL DE MODO A JUSTIFICAR A CONTINUIDADE DAS INVESTIGAÇÕES – IRRECUSABILIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM PROCEDIMENTOS DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS – PRECEDENTES – ARQUIVAMENTO DETERMINADO. "Não compete ao Poder Judiciário rever ou sobrepor-se à deliberação do representante do Ministério Público de não propor a ação penal, da qual é titular (art. 129, inciso I, da Carta Magna)". "Na hipótese de ação penal originária, isto é, da que se promove junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais, se o Procurador-Geral de Justiça ou da República, dentro de suas respectivas áreas, entender dever ser o inquérito arquivado, outra posição

Acesso ao Sumário

não poderá tomar o Tribunal senão acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição" (Representação Criminal nº 2177986-43.2019.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 04/09/19).

Por essas razões, defere-se o pedido da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça determinando-se o arquivamento dos autos, nos termos do artigo 3º da Lei 8.038/90.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 1001374-14.2022.8.26.0309/50000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é recorrido A.M.G.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 85.434)**

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, 5 de dezembro de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Pretensão de reforma da r. decisão monocrática que não conheceu do reexame necessário. Sentença que determinou que a Municipalidade providencie vaga em creche municipal próxima à residência da criança, em período integral, e fixou honorários advocatícios em R$ 2.000,00. Conteúdo econômico visado que se encontra bem abaixo do valor estabelecido no inciso II, do § 3º do art. 496 do CPC. Ausência de decisão de suspensão dos processos que tratam da questão de repercussão geral reconhecida no Agravo de Instrumento nº 761.908/SC (Tema nº 548). Garantia à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade. Direito autoaplicável previsto no artigo 208, IV, da Constituição Federal. Ausência de recurso voluntária.

Acesso ao Sumário

Impossibilidade de revisão dos honorários advocatícios fixados. Decisão monocrática mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pelo **MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ** contra a r. decisão monocrática de fls. 63/66, que não conheceu do reexame necessário.

Sustenta o agravante, em síntese, que a sentença é ilíquida, de modo que o reexame necessário deve ser conhecido nos termos da súmula 490 do STJ e do artigo 496, I, do Código de Processo Civil. Alega, ainda, que a r. decisão viola o artigo 208, IV, da Constituição Federal e que o C. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão, no RE nº 1.008.166 (Tema 548). Requer o provimento do recurso, substituindo-se a r. decisão monocrática, para reformar a r. sentença e julgar improcedente a demanda.

Não apresentada contraminuta (fls. 09), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo interno (fls. 12).

É O RELATÓRIO.

De início, é importante ressaltar que, recentemente, a Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça não tem conhecido da remessa necessária em ações de obrigação de fazer que versem sobre o fornecimento de vaga em creche, como no caso em questão, o que se deu sob o seguinte fundamento:

> *"Impende assinalar que a função do reexame necessário, dentro do sistema processual brasileiro, sempre esteve ligada à proteção do erário, constituindo-se condição de eficácia da sentença de primeiro grau (CPC/1939, art. 822 e CPC/1973, art. 475). Assim, superado determinado valor, cabia ao magistrado singular promover a imediata remessa do processo à instância superior (CPC/1973, art. 475, § 1º, primeira. parte), facultado a esta avocar a causa se o juiz de primeiro grau se omitisse em seu dever (CPC/1973, art. 475, § 1º, segunda parte). Aludida concepção sofreu relevante mudança em seu conceito com o advento do novo diploma processual, seja pelo alargamento do valor do chamado proveito econômico, seja pela caracterização do pedido no que tange à sua especificação. Com efeito, a nova legislação agregou o conceito de liquidez ao pedido, o que autoriza concluir que o legislador passou a considerar a expressão real da condenação levada a termo, malgrado o autor não o tenha fixado em sua petição inicial. O Colendo Superior Tribunal de Justiça adotou posição firme no sentido de afastar o verbete da Súmula 490 (**A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas**.) nas causas de índole previdenciária, quando não indicado o valor do proveito econômico em disputa (REsp*

Acesso ao Sumário

nº 1.735.097-RS, Rel. Min. ***Gurgel de Faria***, *j. 08.10.2019; AREsp* nº 1.712.101-RJ, Rel. Min. ***Herman Benjamin***, *j. 22.09.2020). A exegese feita pelo Superior Tribunal de Justiça buscou apartar a hipótese de iliquidez do pedido daquela em que inexiste a sua prévia determinação. O fato de a petição inicial não indicar o proveito econômico não significa que o pedido seja ilíquido, circunstância a vetar o processamento e análise da atual remessa necessária. É do que se trata o caso em questão. Considerando-se o custo anual do pedido formulado, que, nos termos da Portaria Interministerial nº 4, de 27.12.2019, do MEC, para 2020, fixou os valores anuais mínimos por aluno de creche pública por Estado, sendo para São Paulo o montante de R$ 5.530,42 em regime de período integral, tem-se que referido conteúdo econômico se exibe bem abaixo do valor estipulado no inciso II, do § 3º, do artigo 496 do CPC. Diante disso, é exato concluir que a alteração do conteúdo da r. sentença singular, in casu, demandaria recurso voluntário, de modo que, de acordo com o novel entendimento firmado nesta Câmara Especial, sequer se admitiria, na hipótese em tela, o conhecimento da remessa necessária."*

No caso, como já assentado na r. decisão recorrida, considerando o custo anual do pedido formulado, que, nos termos da Portaria Interministerial nº 2, de 29 de abril de 2022, que alterou a Portaria Interministerial nº 11, de 24 de dezembro de 2021 do MEC, para 2022, fixou os valores anuais mínimos por aluno de creche pública por Estado, sendo para São Paulo o montante de R$ 7.353.72 em regime de período integral, tem-se que referido conteúdo econômico se exibe bem abaixo do valor estipulado nos incisos II e III, do § 3º, do artigo 496 do CPC.

Logo, não seria mesmo caso de conhecimento da remessa necessária.

De todo modo, ainda que se conhecesse da remessa necessária, não seria caso de acolher a alegação de obrigatoriedade de sobrestamento do feito.

No Agravo de Instrumento nº 761.908/SC, interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute a autoaplicabilidade do artigo 208, IV, da Constituição Federal, o relator Ministro Luiz Fux reconheceu a repercussão geral da questão sobre o dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (DJE 08/08/2012 – Tema 548). Posteriormente, o agravo foi convertido em recurso extraordinário (RE 1008166 leading case) para melhor exame da matéria (DJE 22/09/2016). Ocorre que, até o momento, o Ministro relator não determinou a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Assim, a suspensão está restrita aos recursos extraordinários pendentes de juízo de admissibilidade, de modo que não se justifica o sobrestamento do feito.

Acesso ao Sumário

E o direito à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, fundado no artigo 208, IV, da Constituição Federal, é

autoaplicável. É dever primordial dos Municípios a atuação prioritária na educação infantil, conforme o artigo 211, § 2º, da Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (artigo 11, V, da Lei 9.394/1996). E o mínimo existencial, presente no direito fundamental à educação, prepondera sobre eventual limitação orçamentária à implementação e a disponibilidade de vagas.

As Súmulas nº 63 e nº 65 deste E. Tribunal de Justiça, aliás, preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"* e *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*. É dever do Município, portanto, gerir seus recursos com eficiência, para garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitem.

A criança tem, inclusive, direito à frequência em período integral na creche, o que é imprescindível quando os genitores não têm condições de deixar os filhos com outros parentes próximos, justamente para tornar possível o exercício de atividade laborativa que sustentará a família. Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara Especial:

> *"Apelação Cível e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a menor de idade em escola próxima a sua residência, no período integral, observado o período de recesso. Pedido procedente. Preliminar de ausência de interesse de agir afastada. O interessado não está obrigado a esgotar as vias administrativas para obtenção do seu direito. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Celebração de Termo de ajustamento de conduta que não afasta o direito subjetivo das crianças às vagas postuladas. Interesse processual presente. Serviço essencial. Deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias. Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão de creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Valor arbitrado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante. Apelo parcialmente provido. Recurso oficial parcialmente provido, a fim de determinar que a multa seja destinada ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos*

Acesso ao Sumário

da Criança e do Adolescente do Município[1]".

Por fim, há que se pontuar que a discordância em relação ao valor dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais) no Juízo de origem demandaria recurso voluntário pela municipalidade, ausente na hipótese em tela.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500068-64.2022.8.26.0466, da Comarca de Pontal, em que é apelante C.S.F. (MENOR), é apelado P. DE J. D A. DA I. E J. DE P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo interposto por C.S.F., mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.537)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 24 de novembro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. Validade das palavras dos policiais. Condição funcional que, por si só, não afasta a credibilidade dos seus relatos. Precedentes. Internação. Medida necessária e adequada, diante das peculiaridades do caso concreto. Adolescente surpreendido comercializando entorpecentes de nefastas consequências para a sociedade. Reincidência específica. Recurso improvido.

1 TJSP. Apelação Cível nº 3001982-21.2013.8.26.0526. Salto. Relator: Desembargador Pinheiro Franco. Data de julgamento: 18 de maio de 2015

VOTO

A r. sentença de fls. 163/168, cujo relatório se adota, julgou procedente a representação formulada contra o adolescente C.S.F. e aplicou a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 33, *caput* , da Lei nº 11.343/06.

Inconformado, apela o adolescente pugnando pela desclassificação dos fatos para o ato infracional equiparado ao delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06, ao argumento, em resumo, de não ter concorrido para o ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. Subsidiariamente, almeja a fixação da medida socioeducativa de advertência ou de liberdade assistida (fls. 174/178).

Devidamente processado, vieram contrarrazões oferecidas pelo Ministério Público (fls. 185/189).

A r. sentença foi mantida (fl. 191), subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 197/205, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Segundo se apurou, no dia (...), por volta das (...), o apelante trazia consigo 45 (quarenta e cinco) porções de maconha, com peso líquido total de 83,73g, 92 (noventa e duas) unidades de cocaína, com peso com peso líquido total de 30,73g e 29 (vinte e nove) pedras de *crack*, com peso líquido total de 6,12g, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade está devidamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 13/14, pelos laudos de exame químico-toxicológico de fls. 18/20, 21/23 e 24/26 e pelas demais provas produzidas.

O apelante, na fase policial, confessou *"(...) que a droga lhe pertence e venderia nas proximidades de onde foi abordado. Que venderia cada pino de cocaína por R$10,00, cada pedra de crack por R$10,00, cada paranguinha de maconha por R$ 5,00 e a paranga maior de maconha por R$ 50,00"* (fl. 8). Em juízo, porém, o apelante mudou sua versão, asseverando ter ido à "biqueira" para comprar entorpecentes, porém, enquanto escolhia a droga, os traficantes, ao visualizarem os policiais militares, empreenderam fuga, sendo o adolescente abordado, na posse do entorpecente que não lhe pertencia (fls. 161/162).

Os policiais militares *W.F.D.* e *J.R.R.S.*, em depoimentos harmônicos e complementares, em ambas as fases da persecução penal, relataram que realizavam patrulhamento de rotina quando viram o representado, sozinho, parado em local conhecido como ponto de tráfico de drogas. Informaram que, diante da presença deles, o apelante dispensou uma sacola e tentou fugir, sendo abordado, porém. Confirmaram, assim, a apreensão de dinheiro, na posse do adolescente, e diversas porções de droga, no interior da sacola (fls. 161/162).

A alegação de que a decisão estaria baseada na palavra dos policiais res-

Acesso ao Sumário

ponsáveis pela prisão, além de incorreta, não seria suficiente para desacreditá-la, à falta de outros elementos que ao menos indicassem qualquer interesse dos agentes em incriminar o apelante.

Não se pode presumir que agentes públicos, no desempenho de suas funções, tenham que adotar conduta diversa da natural apenas com o intuito de justificar as suas ações. E pequenas divergências existentes entre os depoimentos prestados pelos policiais militares não bastam, por si sós, para infirmá-los.

> *"O testemunho dos policiais* é coerente *e não há nos autos qualquer indício de que tenham agido de forma abusiva ou para consciente e injusto prejuízo do réu. A propósito, não se pode presumir que a ação do policial, investido pelo Estado em função de vigilância e repressão, tenha por destinação a incriminação de um cidadão inocente. Seria preciso, para tanto, a existência de indícios mínimos a respeito. E a prova colhida não revela qualquer traço de irregularidade na conduta dos policiais. Frise-se, ademais, que pequenas contradições em seus testemunhos não têm o condão de comprometer todo o acervo probatório, haja vista que, diante do número de ocorrências por eles atendidas e, por vezes, a semelhança dos casos, faz com que, em alguns pontos, a narrativa seja diferente. O importante, todavia,* é que *seus depoimentos se coadunem no principal, sendo irrelevantes pequenos detalhes olvidados ou confundidos, considerando que a mente humana não é perfeita. E, no caso, os policiais foram claros ao afirmar que o réu se desfez dos invólucros contendo entorpecentes, fato, aliás, admitido por ele próprio em juízo."* (Apelação Criminal n.º 993.08.031854-9, Rel. Des. Pinheiro Franco, 5.ª Câm., v.u., j. 31/07/2008)

A jurisprudência é firme no sentido de que, aliado a outras provas, o depoimento dos policiais é suficiente para comprovar a autoria e a materialidade do crime de tráfico. Neste sentido:

> "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação." (HC 87662, Rel. Min. Carlos Britto, 1.ª T., j. 05/09/2006, DJ 16/02/2007, LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 417/421)

Acesso ao Sumário

> "Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes." (HC 77565, Rel. Min. Néri da Silveira, 2.ª T., DJ 02/02/2001)

O pedido de desclassificação é, também, descabido: nem mesmo o apelante alegou que portava o entorpecente apreendido para consumo pessoal – disse, em juízo, que não lhe pertencia. Ademais, a quantidade e a diversidade do tóxico afastam qualquer dúvida que possa existir acerca da sua destinação.

Por fim, deve ser conservada a medida aplicada (internação), cuja necessidade e adequação para o caso concreto foram bem fundamentadas pelo MM. Juízo *a quo*.

É cediço que a gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, a teor do que dispõem o artigo 122, inciso I, do ECA, e a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Entrementes, apesar do tráfico não envolver diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado aos tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e que gera desassossego à sociedade, pois além de ser cometido por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves.

Além disso, estava o adolescente mantendo em depósito, além da maconha, cocaína e *crack*, substâncias de nefastas consequências sociais, o que torna sua conduta concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor.

Também não se pode perder de vista que o apelante ostenta envolvimento em outro ato infracional (fls. 27) da mesma espécie, sendo-lhe, inclusive e anteriormente, aplicada medida socioeducativa de liberdade assistida.

De acordo com os Relatórios da Fundação CASA (fls. 156/160), a medida de internação, no caso do representado, é a mais adequada:

> "Diante do exposto, considerando a exposição a situações de risco e de vulnerabilidade pessoal, familiar e social; experimentação infracional; inclinação e identificação com aquilo que é antissocial, divergente e que remete a apologia ao crime; condução de rotina de modo ocioso, desregrado, divergente; bem como a relativa manutenção de todo esse contexto, de tais aspectos, mesmo estando em privação de liberdade,

Acesso ao Sumário

ainda que provisoriamente; e possível identificar todas essas demandas, que certamente configuram objeto de intervenções, no sentido de conter o engajamento no universo delitivo, promover ruptura com pares desviantes e o cometimento de condutas ilícitas, e reconstrução de projeto de vida.

Desse modo, também considerando determinações judiciais anteriores, na investida de justamente trabalhar tais aspectos, a equipe de referência pondera que, talvez, seja prudente a aplicação de uma medida mais severa, qual seja a de internação."

Tais elementos, associados à gravidade da conduta, permitem concluir que a adoção de medida mais branda seria inócua.

Assim, não há nos autos elementos a demonstrar que C.S.F. reúna condições de se recuperar se adotada medida socioeducativa em meio aberto, tal como pretendida pela combativa defesa.

Caso colocado em meio aberto, não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinho, afastar-se do meio criminoso em que se encontra inserida.

Em suma, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais do adolescente, a medida de internação, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo interposto por C.S.F., mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500490-22.2022.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante L.K.B.M. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.015)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 25 de novembro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – ATO INFRACIONAL – Conduta tipificada como tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) – Sentença que acolheu a representação e aplicou ao adolescente medida de internação – Pleito voltado à desclassificação para uso (art. 28 da Lei de Tóxicos) ou, subsidiariamente, o enquadramento do fato como incurso no § 2º, do art. 33, da Lei de Drogas, com substituição da medida por outra mais branda – Provas suficientes de autoria e materialidade – Validade dos depoimentos dos guardas – Circunstâncias da apreensão indicam o tráfico – Seguro e inequívoco conjunto probatório – Adequação da medida imposta, nos termos do artigo 122, II, do ECA – Preenchidos, no caso concreto, os requisitos de excepcionalidade aptos a justificar a medida de internação aplicada – Condições pessoais do representado, com passagens anteriores por tráfico e descumprimento de liberdade assistida, recomendam a imposição da medida extrema e acompanhamento técnico em tempo integral para efetiva ressocialização – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Por julgar os fatos alistados na representação confortados pelos elementos de prova recolhidos em juízo, o M. Juiz deliberou infligir ao adolescente **L.K.B.M.**, nascido em (...), a medida de internação, além das medidas protetivas de tratamento psiquiátrico para dependência química e matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino (fls. 87/90), reconhecida a prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06).

Da r. sentença, apela o representado (fls. 120/123), opondo-se ao desfecho empreendido em primeiro grau. Sustenta, *ad summam*, ser insuficiente a condenação fundamentada exclusivamente no fato do local ser conhecido como ponto de tráfico e do jovem já ser conhecido dos guardas municipais. Aduz que os guardas não presenciaram a prática de nenhum dos verbos do tipo do artigo

Acesso ao Sumário

33 da Lei de Drogas, sendo que o recorrente confessou a posse de drogas e explicou que era para consumo pessoal. Reputa ter o boletim de ocorrência sido lavrado com natureza de drogas para consumo pessoal, não havendo nenhum elemento novo de prova que justificasse a representação por tráfico de entorpecentes, motivo pelo qual requer o enquadramento do fato típico à primeira impressão, àquela do delegado de polícia.

Objetiva-se, assim, a desclassificação para a conduta do art. 28 da Lei nº 11.343/06 ou, subsidiariamente, que o fato típico seja enquadrado como incurso no § 2º, do artigo 33, da Lei de Drogas, bem como a substituição da medida extrema pela mais branda do artigo 112 do ECA.

Às contrarrazões (fls. 127/133), preservado o *decisum* (fl. 134), anota-se parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento da apelação (fls. 149/155).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Consta da representação que, no dia (...), por volta de (...), na Rua (...), nº (...), na cidade e comarca de (...), o adolescente trazia consigo, para fins de tráfico, 03 (três) porções da droga cocaína, na forma de "crack", pesando cerca de 2,0g (dois gramas) e 02 (dois) *eppendorfs* da droga cocaína, pesando cerca de 1,0g (um grama), substâncias capazes de provocar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além da quantia de R$ 89,90.

Sem embargo do respeito denotado ao ilustre subscritor da peça recursal, os elementos de prova recolhidos em juízo persuadem da autoria e materialidade do ato infracional atribuído ao apelante.

A materialidade está bem confirmada a partir da visualização do auto de exibição e apreensão (fl. 06), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fl. 07), exame químico toxicológico positivo (fls. 61/63), secundados pela prova oral colhida em audiência.

A autoria infracional também se revela, com segurança, dos elementos de prova recrutados nos autos.

É certo que o representado confessou a prática do ato infracional na delegacia de polícia (fl. 09), bem como perante o representante do Ministério Público (fl. 27), contando que um amigo lhe entregou o dinheiro e pediu para comprar 08 porções de cocaína e que, em troca do favor, receberia a quantia de R$ 10,00. Posteriormente, em juízo (fls. 69/70 – mídia audiovisual), negou a prática do tráfico de drogas, relatando que, no dia dos fatos, estava somente com os pinos de cocaína, contando que foi buscar para um amigo que iria lhe pagar R$ 10,00. Disse que o "crack" estava no chão e não lhe pertencia. Esclareceu que estava com dois pinos de cocaína quando foi abordado pelos policiais e que

o traficante tinha ido buscar mais pinos. Declarou que levaria as drogas para um amigo que estava em uma festa.

Nada obstante, mesmo essa versão do apelante apresentada em juízo configura o delito de tráfico de drogas.

Deve observar-se, ainda, que as testemunhas V.M. e L.M.B., guardas municipais (fls. 69/70 – mídia audiovisual), sob o crivo do contraditório, adversam em uníssono a versão defensiva, corroborando a dinâmica dos fatos tal como retratada na representação.

Com efeito, as testemunhas declararam que, na data dos fatos, realizavam patrulhamento quando foram informados por um cidadão que um indivíduo de bermuda jeans e camiseta clara havia deixado algo suspeito sobre uma pedra próximo dali. Deslocaram-se para o local e, nas proximidades, depararam-se com o adolescente, já conhecido nos meios policiais pela atuação junto ao tráfico de drogas. Relataram que efetuaram a abordagem e encontraram em poder do rapaz dois pinos contendo cocaína e três porções de "crack", além da quantia de R$ 89,00 (oitenta e nove reais). Contaram que o representado admitiu que estava comercializando os entorpecentes. O guarda M. narrou que ainda localizaram nas imediações 24 (vinte e quatro) porções de cocaína em embalagens idênticas as que estavam com o jovem e outras 21 (vinte e uma) pedras de "crack". Com o auxílio de cão farejador do canil da GCM, localizaram também 19 (dezenove) porções de maconha, as quais o recorrente negou a propriedade, assumindo a propriedade apenas das drogas que foram encontradas em seu poder.

Como se observa, os depoimentos foram coerentes e convincentes, além de consonantes aos demais elementos probatórios contidos nos autos, confirmando a autoria do ato infracional.

Nada indica a inidoneidade ou suspeição dos depoimentos dos guardas, sobretudo quando está evidente nos autos que agiram no estrito cumprimento do dever, dentro dos parâmetros da legalidade, nada indicando ou sugerindo que tenham injustamente incriminado o representado.

Nessa esteira é o entendimento consolidado nos Tribunais Superiores:

"[...] inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (STF – HC 74.438/SP – DJ-e de 14.3.11 – Rel. Min. CELSO DE MELLO).

"O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ. Precedentes. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício

Acesso ao Sumário

nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada." (HC n.º 115.516 – DJ-e de 09.03.09 – Rel. Min. LAURITA VAZ).

Não custa pontuar que ao julgador cumpre conferir a tais declarações o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Deve observar-se, por oportuno, em linha com solidada jurisprudência, não haver necessidade de o adolescente ser apreendido em flagrante no momento da venda, pois o delito de tráfico é de ação múltipla, com diversos núcleos verbais, como transportar, guardar, trazer consigo, condutas efetivamente praticadas pelo apelante.

Nesse contexto, as circunstâncias da apreensão (mediante denúncia), a quantidade de substâncias apreendidas, a forma como acondicionadas, bem como a quantia em dinheiro encontrada, somadas aos depoimentos dos guardas e à admissão parcial do adolescente, dão espeque ao entendimento do juízo de origem, que classificou a conduta no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, afastando-se a tese de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, bem como o enquadramento no § 2º, do art. 33, da mesma Lei.

O fato de no boletim de ocorrência ter constado que a tipificação legal se amoldava ao artigo 28 da Lei de Drogas não gera qualquer garantia ao representado ante a titularidade da ação socioeducativa. Ademais, o próprio recorrente afirmou em juízo que estava comprando os entorpecentes para levar para um amigo, que, em troca, pagaria certa quantia ao menor (R$ 10,00).

Não há, consequentemente, elementos para desclassificação ou alteração do enquadramento legal tipificado.

A medida socioeducativa imposta – internação –, mesmo considerada sua excepcionalidade, mostra-se, *in casu*, apropriada, em face da gravidade e circunstâncias do ato perpetrado, bem como das condições pessoais do apelante (art. 112, § 1º, da Lei nº 8.069/90).

O art. 122 do ECA estabelece que a internação é cabível para quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I), por reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (inc. III).

Nesse panorama, conforme prevê o art. 112, § 1º, do ECA, a gravidade concreta da infração, em conjunto com as circunstâncias do caso e as condições pessoais do jovem, podem e devem ser levadas em conta na escolha da medida socioeducativa que melhor abarque as suas finalidades educativa e protetiva.

Acesso ao Sumário

A própria Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem adotado esse critério (AC nº 1.000.351-89.2017.8.26.0153 – v.u. j. de 26.03.18 – Rel. Des. ARTHUR MARQUES; AC nº 0.004.308-75.2017.8.26.0619 – v.u. j. de 26.03.18 – Rel. Des. XAVIER DE AQUINO; AC nº 0.000.688-06.2017.8.26.0312 – v.u. j. de 26.03.18 – Rel. Des. CAMPOS MELLO; AC nº 0.006.328-61.2015.8.26.0408 – j. de 27.03.17 – Rel. Des. LUIZ ANTÔNIO DE GODOY; AC nº 0.005.460-18.2015.8.26.0462 – j. 25.07.16 – Rel. Des. ADEMIR BENEDITO; AC nº 0.014.328-57.2014 – j. de 16.11.15 – Rel. Des. CARLOS DIAS MOTTA; AC nº 0.005.698-62.2016.8.26.0604 – v.u. j. de 19.03.18 e AC nº 0.004.961-63.2017.8.26.0268 – v.u. j. de 26.03.18 – Rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS).

Destarte, observa-se, no presente caso, que o representado não reúne condições para o cumprimento de medida mais branda, tal como pleiteia no apelo, encontrando a internação respaldo no inciso II do artigo 122 do ECA.

No caso em exame, para além da gravidade do ato infracional abstratamente considerada, verifica-se que o recorrente praticou anteriormente condutas assemelhadas (fls. 12/13 e 68), tendo-lhe sido aplicadas medidas de liberdade assistida (autos nº (...) e nº (...)), insuficientes para a ressocialização, o que atesta a adequação do procedimento reeducativo adotado na sentença de modo a garantir ao adolescente integral proteção e afastamento do meio criminógeno.

Não custa pontuar que o novo ato infracional análogo ao tráfico, ora apurado, foi praticado quando o representado estava em cumprimento da liberdade assistida (execução nº (...)), bem pontificando a inadequação de medidas outras, afora o internamento, para a proteção integral do jovem, nitidamente inserto em ambiente hostil à sua plena ressocialização.

Ressalte-se, ainda, ter o adolescente praticado, após menos de um mês dos presentes fatos, novo ato infracional, análogo ao delito de roubo (fl. 91 – autos nº (...)), tendo-lhe sido aplicada a medida de internação, que teve a sua execução unificada à execução da internação imposta no presente processo (execução em trâmite nº (...)).

Patente, portanto, a necessidade de amadurecimento e reflexão do apelante, o que revela a inadequação de medidas mais brandas para o alcance da efetiva ressocialização.

Diante de tal quadro, a vergastada aplicação da medida de internamento levou em conta não apenas a gravidade geral e abstrata do ilícito, mas sua factualidade concreta, bem assim as condições pessoais do representado, posto em situação de risco, exposto à violência física e psicológica do meio criminógeno.

Nesse passo, diante das circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo, estão preenchidos os requisitos de excepcionalidade aptos a justificar a medida de internação imposta, capaz de dar ao recorrente a necessária orientação peda-

Acesso ao Sumário

gógica, visando, ainda, à sua proteção integral.

Por outro lado, será ele periodicamente avaliado, podendo reverter a medida extrema tão logo demonstre aptidão para o retorno ao convívio social, respeitados os limites legais (art. 121, §§ 3º e 5º, do ECA).

Com isto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1509590-53.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes G.D.S., N.S.F. (MENOR), K.R.D. (MENOR) e R.F.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 2 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos apelos interpostos por G.D.S., R.F.S., N.S.F. e K.R.D., mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.550)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação. Atos infracionais equiparados aos crimes de roubo majorado e receptação. Efeito suspensivo. Pedido prejudicado. "Res" apreendida em poder dos apelantes sem justificativa plausível. Presunção de responsabilidade. Validade dos depoimentos dos policiais e da vítima. Substituição da medida socioeducativa. Descabimento. Ato infracional praticado com grave ameaça à pessoa, mediante emprego de simulacro de arma de fogo e multiplicidade de agentes. Reiteração específica. Medida extrema necessária e adequada ao caso. Recursos improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 260/275, cujo relatório se adota, julgou procedente a

representação formulada contra os adolescentes G.D.S., R.F.S., N.S.F. e K.R.D. e aplicou a todos a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática de atos infracionais análogos aos crimes previstos no art. 157, § 2º, inciso II, e art. 180, *caput* , c.c. art. 69, todos do Código Penal.

Foi aplicada, ainda, a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de 6 meses, cumulada com a de prestação de serviços à comunidade, por 4 horas semanais, pelo prazo de 6 meses, ao adolescente M.S.C., pelo cometimento dos mesmos delitos.

Inconformados, apelam os adolescentes pugnando pela absolvição, ao argumento, em resumo, de não terem concorrido para os atos infracionais equiparados aos crimes de roubo majorado e receptação. Subsidiariamente, almejam a substituição da medida imposta por outra em meio aberto ou, ao menos, pela semiliberdade. Pedem, ainda, seja o recurso recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 313/332).

Devidamente processados, vieram contrarrazões oferecidas pelo Ministério Público (fls. 338/347).

A r. sentença foi mantida (fl. 350), subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 370/374, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Anoto, de proêmio, que o pedido para que seja atribuído efeito suspensivo ao apelo não merece guarida, pois o julgamento está sendo agora realizado, razão por que prejudicado.

De qualquer forma, cabe consignar que, quanto ao tema, já deixou assente o Colendo Superior Tribunal de Justiça que *"os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena, mais uma vez o digo, de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista [...] as medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/1990 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. [...] Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional."* (AgInt no HC 332.308/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 05/10/2017, DJe 11/10/2017).

Acesso ao Sumário

Prejudicada a preliminar, passo à análise do mérito.

Segundo se apurou, em data incerta, entre o final da noite do dia (...) e pouco antes de (...) do dia (...), em endereço não sabido ao certo, os apelantes, agindo previamente ajustado e com unidade de desígnios entre si, receberam e conduziram, em proveito deles, o veículo (...), de cor (...) e placas (...), pertencente a S.F., coisa que sabiam ser produto de furto.

Consta ainda do incluso expediente que, no dia (...), por volta de (...), os apelantes supramencionados, agindo previamente ajustados e com unidade de desígnios entre si, subtraíram, para eles, mediante graves ameaças exercidas com emprego de simulacro de arma de fogo contra N.J.G.H., uma bolsa contendo documentos pessoais, cartões bancários, R$ 100,00 e um *smartphone* da marca (...), modelo (...), bens estes de propriedade da referida vítima.

A materialidade está devidamente demonstrada pelos autos de exibição e apreensão de fls. 17/18, 20/21 e 23, pelo boletim de ocorrência nº (...), relativo ao crime antecedente, de fls. 24/25, pelo laudo de fls. 205/223 pelas provas orais produzidas.

Os apelantes, na fase policial, exerceram seu direito constitucional ao silêncio (fls. 1/4).

Em juízo, todos afirmaram, um uníssono, que adquiriram o veículo via "Facebook" pela quantia de R$ 2.500,00, rateando o valor entre eles. Confirmaram terem ciência de que se tratava de veículo produto de crime, mas que foram informados de que as placas haviam sido trocadas. Disseram que foram identificados pelo radar inteligente e, após fuga, pararam e foram abordaram. Negaram o cometimento do roubo e disseram que não portavam simulacro de fogo e que os bens da vítima não estavam no veículo (fls. 260/275).

Os policiais militares H.M.S.F., W.A.L. e J.L.V.A., em depoimentos harmônicos e complementares, narraram que estavam em patrulhamento quando receberam notícia de que cinco indivíduos que estavam a bordo de um veículo (...) realizaram um roubo. Disseram que o sistema de radar inteligente localizou o automóvel e foram abordá-lo, contudo, houve fuga em alta velocidade (acima dos 100 km/h), colisão em outros veículos, até que o bando parou e dois deles tentaram se evadir, mas o grupo todo foi abordado. Informaram que, durante a fuga, eles dispensaram itens pessoais da vítima do roubo e um simulacro de arma de fogo (fls. 151/152).

Acesso ao Sumário

A vítima do roubo, em ambas as fases, declarou que caminhava pela via pública quando um veículo (...) parou e dele desembarcaram dois indivíduos que, munidos de uma arma, exigiram seus bens, levando sua bolsa e seu celular, fugindo em seguida. Declinou que havia cinco pessoas dentro do carro e que não foi capaz de identificar nenhum deles (fls. 3 e 233).

A materialidade e autoria do ato infracional equiparado ao delito de recep-

tação não foi questionada e estão comprovadas: os adolescentes confessaram, escorreitamente, que adquiriram o veículo, por meio de rateio, pagando por ele quantia irrisória e com plena ciência de que se tratava de um veículo subtraído.

O roubo está, igualmente, comprovado. Embora os apelantes e o adolescente que não apelou tenham negado, fato é que os bens da vítima foram apreendidos em poder deles sem que apresentassem justificativa crível para estarem na posse deles, o que configura liame seguro de autoria. Nesse sentido:

> "Em tema de delito patrimonial a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, inexistindo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório." (RJDTACRIM, vol. 8, pág. 96, Rel. Passos de Freitas)

> "A apreensão da *res furtiva* em poder do acusado, que o não justifica razoavelmente, desterra eventual escrúpulo acerca de sua culpabilidade e autoriza-lhe a condenação." (TACRIM-SP. Rel. Carlos Biasotti j. 05.03.1998 RJTACRIM 38/1733)

> "Roubo – Apreensão da *res* em poder do acusado – Inversão do ônus probatório – Entendimento. A apreensão da *res* em poder do acusado acarreta a inversão do ônus probatório, competindo-lhe a apresentação de justificativa inequívoca para a posse do bem." (TACRIM-SP. AC n.º 1.203.923/8, 11.ª Câm. Crim., Rel. Wilson Barreira, V.U., j. 29.5.2000)

Aliás, trata-se de itens que não poderiam estar no veículo quando o adquiriram (como alguns quiseram fazer crer), pois foram subtraídos em contextos fáticos distintos.

Acrescente-se a isso o depoimento de três policiais, que viram os itens sendo dispensados, e a coincidência entre o automóvel (modelo e cor) usado no roubo e aquele portado pelos apelantes, o número de agentes e o tempo entre o delito e a apreensão, que foi relativamente pequeno, afastando qualquer hipótese de que os bens estavam em poder dos agentes por mero acaso.

Deste modo, impossível afastar também o reconhecimento da autoria.

A medida de internação imposta deve ser conservada, porquanto se verifica, da detida análise dos autos, sua plena adequação ao caso concreto.

Trata-se, além da receptação, de ato infracional análogo ao crime de roubo majorado, praticado de modo especialmente censurável, com emprego de arma de fogo e fuga em alta velocidade, que envolveu colisão com outros veículos e exposição da coletividade a severo risco, em demonstração de total falta de respeito à propriedade alheia e de certeza da impunidade, o que denota a gravidade concreta da conduta, autorizando maior rigor na resposta estatal.

Ademais, o ato infracional praticado pelos apelantes está inserido no rol taxativo do artigo 122, do ECA, cujo inciso I prevê medida de internação nos casos que envolverem violência ou grave ameaça à pessoa.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDUTA PRATICADA MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. INTERNAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A prática de ato infracional análogo ao crime de roubo circunstanciado, no qual o agente emprega violência ou grave ameaça à vítima, autoriza a imposição da medida socioeducativa de internação, por enquadrar-se na previsão do art. 122, inciso I, da Lei n. 8.069/1990, mormente quando destacada pelas instâncias de origem a gravidade concreta da conduta. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 660.892/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 13/12/2021)

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ATO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. ART. 122, INCISO I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Configurada uma das hipóteses elencadas no rol taxativo do art. 122 da Lei nº 8.069/90 é possível a aplicação da medida socioeducativa de internação. 2. O ato infracional equiparado ao delito de roubo é praticado com violência ou grave ameaça, o que autoriza a aplicação da medida extrema. 3. Ordem denegada." (HC 95352/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 08/06/2009)

Não bastasse, todos os apelantes são reincidentes específicos. A G. e N. já foi aplicada medida socioeducativa de internação (fls. 82/86 e 109/113) e a K. já foram aplicadas as medidas de liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade. R. já sofreu duas medidas socioeducativas de liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade pelo cometimento de furtos (fls. 87/93 e 94/68).

A reiteração, nos termos do art. 122, inciso II, do ECA, fundamenta a aplicação da medida mais gravosa.

Portanto, a internação é a forma mais eficaz de afastar os apelantes da ilicitude e orientá-los adequadamente acerca da extrema gravidade da conduta, a fim de evitar que ingressem, definitivamente, na marginalidade, viabilizando o processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** aos apelos interpostos por G.D.S., R.F.S., N.S.F. e K.R.D., mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1001283-15.2021.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que são apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado (...) (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao recurso de apelação da Fazenda Estadual e deram parcial provimento à remessa necessária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.765)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

ISSA AHMED, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de obrigação de fazer. Pretensão de fornecimento, pela Fazenda Estadual, de medicamento à base de canabidiol a criança diagnosticada com Transtorno do Espectro Autista – TEA. Insurgência do Estado de São Paulo contra sentença de procedência. Preliminares de ilegitimidade passiva, chamamento da União Federal ao processo e incompetência absoluta da Justiça Estadual. Inocorrência. Direito à saúde. Dever do Estado. Princípios da proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente. Inteligência dos artigos 196, 198 e 227 da Constituição Federal, normas de eficácia plena, e artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Solidariedade dos Entes da Federação. Direito fundamental à saúde, que não pode ser obstaculizado pela Administração Pública sob invocação da cláusula da "reserva do possível". Atuação do Poder Judiciário que apenas garante

Acesso ao Sumário

o exercício ou a eficácia de direitos fundamentais, não importando em violação aos princípios da isonomia, da separação dos Poderes e da autonomia administrativa. Caso sujeito à tese vinculante firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.657.156 (Tema de Recursos Repetitivos nº 106), porquanto o medicamento não é padronizado para dispensação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e a ação obrigacional fora distribuída após a data estabelecida para modulação dos efeitos do referido julgado. Preenchimento de todos os requisitos exigidos na tese estabelecida pelo C. STJ no supracitado tema, a autorizar a concessão do medicamento. Admissibilidade da fixação de astreintes. Fixação de teto para a cumulação de seu valor. Afastada a condenação da Fazenda Estadual ao recolhimento de custas e despesas processuais. Inteligência do artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Preliminares rejeitadas. Recurso de apelação da Fazenda Estadual não provido e remessa necessária parcialmente provida.

VOTO

Trata-se de remessa necessária interposta, e de recurso de apelação tirado pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo para a revisão da r. sentença de fls. 394/398 que, em ação de obrigação de fazer ajuizada por (...), ora apelado, criança diagnosticada com *Transtorno do Espectro Autista – TEA*, representado pela genitora, (...), julgou procedente o pedido para, confirmando a tutela concedida às fls. 185/187, condenar a ora recorrente, ao fornecimento do *"medicamento 'Canabidiol' na forma descrita no receituário médico de p. 37, ficando facultado ao Ente requerido o fornecimento de medicamento genérico e/ou outro que contenha o mesmo substrato (princípio ativo comprovado 'Canabidiol'), não ficando adstrito ao fármaco cuja marca/fabricante constou do receituário, enquanto houver necessidade para o tratamento da doença, devendo ser apresentado novo receituário a cada 06 (seis) meses"*.

Acesso ao Sumário

Condenada a Fazenda Estadual ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor de R$ 23.328,00 (vinte e três mil trezentos e vinte e oito reais) atribuído à causa.

Em suas razões recursais (fls. 403/413), a Fazenda Pública do Estado de

São Paulo alega, preliminarmente, que: (i.1) o produto à base de canabidiol não é padronizado no Sistema Único de Saúde – SUS; (i.2) ilegitimidade passiva *ad causam*; e (i.3) diante do Tema de Repercussão Geral nº 793 do Supremo Tribunal Federal, deve ser incluída a União Federal no polo passivo da demanda, e, na sequência, deve ser declarada a incompetência absoluta da Justiça Estadual e determinada a redistribuição dos autos para a Justiça Federal.

No mérito, sustenta que: (ii.1) não estão preenchidos os requisitos estabelecidos no Tema de Recursos Repetitivos nº 106 do Superior Tribunal de Justiça, vez que *não demonstrou a ineficácia de outras alternativas de tratamentos medicamentosos fornecidos pelo SUS em relação à doença que lhe acomete*; (ii.2) no atendimento a pessoas com autismo, o Sistema Único de Saúde – SUS disponibiliza uma abordagem com intervenções não medicamentosas; e (iii.3) o Protocolo Clínico aprovado pelo Ministério da Saúde prevê o fornecimento do fármaco risperidona, conforme consta do Capítulo 7.2 da Portaria nº 324/2016.

Pugna pelo provimento do recurso, *a fim de que seja reconhecida a ilegitimidade passiva do recorrente e a incompetência da Justiça Estadual em decorrência da necessidade de inclusão da União no polo passivo, bem como a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do artigo 485, IV e VI, do CPC*. Subsidiariamente, *sejam os autos devolvidos à 1ª instância, com anulação da sentença, a fim de que a parte autora promova a inclusão da União no polo passivo, possibilitando a remessa dos autos à Justiça Federal*. No mérito, pleiteia seja julgado improcedente o pedido formulado na exordial.

Contrarrazões às fls. 418/437.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 459/468).

É O RELATÓRIO.

Conheço a remessa necessária interposta, porque, independentemente do valor dado à causa, o pedido é ilíquido.

Esse o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça, respectivamente:

> Súmula 490, STJ*: "A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas".*
>
> Súmula 108, TJSP: *"A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei 10.352/01".*

Demais, **sendo ilíquido o pedido**, não se enquadra o caso às hipóteses de dispensa da remessa necessária de que trata o § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil vigorante (CPC/2015), aplicável apenas aos feitos em que

Acesso ao Sumário

a condenação ou o proveito econômico obtido na causa tiver **valor líquido e certo**.

Por sua vez, conheço – nos estreitos limites do princípio dispositivo, consubstanciado no brocardo *tantum devolutum quantum appellatum* –, o recurso de apelação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo porque tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

Cumpre consignar – como restará devidamente aprofundado no exame meritório –, que a obrigação Estatal referente à promoção, proteção e recuperação do direito fundamental à saúde atinge, de maneira solidária, todos os entes federativos.

Tratando-se, pois, de obrigação de natureza solidária, seu adimplemento cabe a todos os coobrigados, facultando-se ao credor, na forma do artigo 275 do Código Civil, buscar a satisfação de seu direito em face de qualquer dos devedores solidários.

E, se a escolha do devedor a quem acionar é faculdade do credor, não há litisconsórcio passivo necessário, mas sim facultativo.

Até em razão disso, por esta Corte há muito já foi sumulado entendimento segundo o qual é inadmissível a intervenção de terceiros, nas modalidades chamamento ao processo e denunciação da lide, em demandas que, assim como a presente, tenham por objeto a condenação do Poder Público ao fornecimento de fármacos ou insumos médicos, *verbis*:

> Súmula 29, TJSP: *"Inadmissível denunciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos"*.

Aliás, a solidariedade dos entes públicos foi reafirmada quando do julgamento do Recurso Extraordinário 855.178 Tema nº 793 do C. Supremo Tribunal Federal.

Assim, não há falar-se em ilegitimidade passiva da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, chamamento da União Federal ao processo e denunciação da lide, tampouco em incompetência absoluta da Justiça Estadual.

Acesso ao Sumário

Rejeitadas as preliminares, passo à análise do mérito recursal.

No mérito, deve ser confirmada, ainda que com pequenos reparos, a r. sentença.

A garantia à saúde encontra resguardo na esfera constitucional e infraconstitucional, não havendo dúvida quanto ao cumprimento da obrigação atribuída ao Poder Público. Ressalte-se que não se trata de exigir tratamento privilegiado, mas simples e puramente de ver respeitado o direito à saúde.

A norma insculpida no artigo 196 da Constituição Federal traduz direito fundamental, expressamente garantindo a todos o direito à saúde, bem como

estabelecendo o dever do Poder Público em tomar medidas concretas que garantam a promoção, a proteção e a recuperação desse direito.

A lei nº 8.080/1990, ao instituir o Sistema Único de Saúde (SUS), em obediência ao artigo 198, § 1º, da Constituição Federal, estabeleceu que reportado sistema seria financiado, especialmente, com recursos oriundos da seguridade social da União, dos Estados-membros e dos Municípios, constitucionalmente vinculando, inclusive, receitas desses entes federados, mitigando sua discricionariedade no que diz respeito à distribuição de verbas dentre as áreas de sua atuação, de modo a consagrar a universalização dos serviços de saúde.

Quanto ao cumprimento do que ora se exige, a questão se reporta a dois direitos insculpidos na Carta Política como fundamentais: de um lado, a garantia do acesso universal à saúde; de outro, a defesa dos interesses de crianças e adolescentes – esta, em caráter absolutamente prioritário.

Por se tratar de direito fundamental, a despesa é compulsória, competindo a todos os entes da Federação disciplinar suas receitas para o integral cumprimento da obrigação, não havendo que se falar em violação ao princípio da tripartição de Poderes pela ingerência na política estatal de saúde em relação a determinada doença.

O Estado (*lato sensu*) apenas goza de discricionariedade no que tange à avaliação da viabilidade material, conveniência e oportunidade para estabelecer suas prioridades administrativas e a forma de alcançá-las (as chamadas "políticas públicas"). E, nisso, não pode haver interferência do Poder Judiciário.

Em questões afetas à saúde, porém, por envolverem direito e garantia fundamental, não dispõem os entes federados de discricionariedade, estando vinculados ao arcabouço de normas constitucionais e infraconstitucionais que lhes impõem tais obrigações como serviços públicos relevantes e essenciais, na medida das necessidades da população.

Mais: além de estarem vinculados a tais normas, União, Estados e Municípios são solidariamente responsáveis no que diz respeito à assistência à saúde e, como tal, são partes legítimas para figurar no polo passivo de demandas que objetivam o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles ou contra todos.

Neste sentido aponta o entendimento jurisprudencial deste Egrégio Tribunal de Justiça, como se infere do julgado relatado pelo ilustre Desembargador Peiretti de Godoy:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. Fornecimento gratuito de medicamento para pessoa hipossuficiente e portadora de doença grave (Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica). DIREITO LÍQUIDO E CERTO – Existência – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE – Direito fundamental*

à vida e à saúde, assegurado pela Constituição Federal. Direito líquido e certo ao tratamento necessário para os cuidados de sua enfermidade. Ausência de padronização de medicamento. Desnecessidade. Afastada a aplicação da Teoria da Reserva do Possível. ***Responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de insumos, fármacos e equipamentos necessários para o tratamento de saúde do paciente (art. 23, II da CF).*** *Entrega do medicamento condicionada à apresentação de receita médica atualizada. – Recursos oficial e voluntário desprovidos"* (Apelação nº 0001378-36.2013.8.26.0066; Relator: Peiretti de Godoy; 13ª Câmara de Direito Público; TJSP; j. 06/08/2014; grifou-se).

Como asseverado em aludido aresto, *"A concretização do dever de proteção e defesa à saúde foi tema tratado pelo artigo 23, inciso II da Constituição Federal, que estabeleceu tratar-se de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios 'cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência'. Este comando constitucional foi reforçado pelo disposto no artigo 198, caput e § 1º, pois em ambos existe menção direta ou indireta da responsabilidade conjunta dos entes federativos"*.

Há, inclusive, Súmulas deste Sodalício neste exato sentido:

Súmula 37, TJSP: *"A ação para o fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno."*

Súmula 66, TJSP: *"A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir à saúde da criança e do adolescente é solidária entre Estado e Município."*

Tem-se como inequívoco, portanto, que o direito à saúde deve ser garantido de maneira solidária, concorrente e irrestrita entre os entes da Federação, inclusive com o fornecimento gratuito de medicamentos, insumos e tratamentos aos enfermos que deles necessitem, em atenção aos princípios da universalidade e da igualdade na oferta dos serviços públicos de saúde, consagrados no já mencionado artigo 196 da Carta da República.

Atender a essa necessidade não é afrontar os princípios da universalidade e da igualdade, mas cumprir a expressa disposição constitucional.

E, com relação à criança e ao adolescente, como já aduzido, a prioridade é absoluta na proteção à saúde, em razão dos princípios consagrados no art. 227 da Constituição da República e no art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços

Acesso ao Sumário

para promoção, proteção e recuperação da saúde.

(...)

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.

Destarte, resta clara a obrigação legal e constitucional da Administração Pública em fornecer ao indivíduo enfermo desprovido de recursos, sobretudo em se tratando de criança ou adolescente, os itens de que necessita para o tratamento de sua saúde.

Descabido, ademais, o questionamento acerca da opção médica pelo tratamento descrito na exordial.

Isso porque o dever imposto ao Estado (em sentido amplo) de concretização do direito fundamental à saúde é feito de maneira ampla, irrestrita e solidária, não podendo determinado Ente Federativo buscar eximir-se de obrigação a ele constitucionalmente imposta apenas porque determinado fármaco não se encontra elencado em listagem de elementos padronizados.

Não se ignora o árduo tema da padronização de medicamentos para oferta no âmbito do SUS – medida extremamente pertinente, que tem como objetivo impedir a proliferação fármacos que atentem contra a saúde pública, seja por sua ineficiência, seja por sua nocividade.

Todavia, havendo a clara e inexorável opção médica do profissional que assiste o paciente e acompanha de perto o seu quadro clínico por determinada forma de tratamento, é essa a que deverá ser obedecida.

Cumpre consignar que a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.657.156, afetado como paradigma para efeitos de resolução de casos repetitivos que se amoldassem à redação do Tema de Recursos Repetitivos nº 106 (*"Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS"*), fixando, ao final, a seguinte tese, de efeito vinculante:

"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

***(i)** Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;*

***(ii)** incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento*

Acesso ao Sumário

prescrito;

***(iii)** existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência".*

Anota-se que o presente caso está sujeito aos efeitos do julgado paradigmático, uma vez que o medicamento pleiteado não é padronizado para dispensação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e a ação obrigacional foi distribuída em 17/06/2021, ou seja, após a data estabelecida para modulação do mencionado julgamento, qual seja, 04/05/2018:

"Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018".

Portanto, *in casu*, de rigor a observância ao comando imposto pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão com força vinculante.

E da análise dos autos, verifica-se que foram devidamente satisfeitos todos os três pressupostos acima elencados a autorizar a concessão do medicamento postulado.

No que tange ao requisito **(i)**, exsurge da avaliação dos documentos médicos de fls. 37/40 e 102/103, subscritos por profissionais regularmente habilitados perante o respectivo órgão de classe, atestam que o autor, diagnosticado com *Transtorno do Espectro Autista – TEA*, já utilizou os medicamentos quetiapina, risperidona, Trileptal (oxcarbazepina) e aripiprazol, porém, não obteve melhora clínica, apresentando, ademais, efeitos colaterais, motivo pelo qual lhe fora indicado o uso de canabidiol.

De acordo com o relatório médico de fls. 102/103, (...), tem tomado medicamentos para controlar o seu quadro *"quase em doses tóxicas e algumas delas é impossível de usar por causa de efeitos colaterais como aripiprazol"* e que *"as outras subst. estão em doses altas já causando alterações sistêmicas, com vômitos, sonolência, intolerância, s/ melhora nenhuma do quadro. O canabidiol é o mais indicado p/ ele, não é tóxico, é eficaz, poderá diminuir bastante as doses das outras medicações com excelente controle do quadro clínico. Melhora muito a agressividade, a agitação (...)"*.

Já quanto ao requisito **(ii)**, a incapacidade financeira do núcleo familiar de arcar com o custo do item pretendido restou demonstrada às fls. 27, 28/29, 31/32, 33 e 99.

Em relação ao requisito **(iii)**, vale pontuar que a Diretoria Colegiada da ANVISA editou a Resolução RDC nº 327, de 9 de dezembro de 2019 – norma vigente a partir de 10/03/2020 –, definindo *"as condições e procedimentos para a concessão de Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação,*

o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais de uso humano" (artigo 1º).

E tal autorização equivale ao registro do fitocanabinoide junto à citada agência regulatória, uma vez que referida Resolução estabeleceu que o *"processo administrativo para fins da Autorização Sanitária dos produtos de Cannabis seguirá procedimento de submissão e publicação da área responsável pelo registro de medicamento da Anvisa"* (artigo 17, *caput*), ainda que com rito simplificado (artigo 16, *caput*).

Mesmo que se reputasse não ter a autorização fitossanitária em questão natureza análoga ao registro sanitário, ainda assim estaria permitida a concessão do medicamento postulado, diante da autorização de importação do fármaco, expedida pela ANVISA (carreada às fls. 210/211), e do preenchimento dos requisitos do Tema de Repercussão Geral nº 1161, fixados pelo C. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento, em 18/06/2021, do Recurso Extraordinário nº 1.165.959-SP:

> *"Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS."*

Saliente-se que inexiste razão ou justificativa legal para que a opção terapêutica feita pela médica particular que acompanha a criança, profissional devidamente habilitada para o exercício da Medicina e registrada no respectivo órgão de classe, fosse submetida ao crivo de colega de profissão atuante na rede pública de saúde.

Vale pontuar também que não convence a alegação de que haveria indevida transferência de ônus da família para o Estado (*lato sensu*), sob o argumento de que não estaria comprovada a impossibilidade financeira do núcleo familiar do autor de adquirir, com meios próprios, o medicamento pleiteado.

Se, à luz do quanto estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal, é **dever** da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à saúde, dentre tantos outros direitos, esta é **obrigação** que, como aqui amplamente já demonstrado, recai sobre o Poder Público.

O dever da entidade familiar não exclui o do Estado, e vice-versa: eles se complementam.

Assim, mesmo que o núcleo familiar do apelado hipoteticamente conte com certo nível de renda, ainda assim caberá ao Estado (*lato sensu*) custear o tratamento se a família não puder fazê-lo sem que isso signifique prejuízo de sua

Acesso ao Sumário

própria subsistência, qual, aliás, parece ser o caso, diante dos documentos de fls. 27, 28/29, 31/32, 33 e 99.

Exigir que o jurisdicionado se encontre em estado de miserabilidade para só então lhe garantir o fundamental direito à saúde – e, em última análise, o próprio direito à vida plena e digna –, sob o argumento de que, assim não fosse, ofender-se-ia o princípio da isonomia, é tese que avilta o princípio da dignidade humana e afronta o ordenamento.

Outrossim, deve ser afastada a hipótese de indevida ingerência do Poder Judiciário em tema afeto à vontade da Administração Pública, com a decorrente ofensa aos princípios da autonomia administrativa, da anualidade orçamentária e à cláusula da "reserva do possível".

A questão versada nos autos, ligada ao tema da saúde, tem como pano de fundo direito fundamental, sobre o qual o Poder Público não possui discricionariedade para optar entre garanti-lo ou não, vinculando-se ao seu cumprimento por meio da elaboração e concretização de políticas públicas.

Assim, a atuação do Poder Judiciário, em cumprimento ao mencionado mandamento constitucional, apenas implica o exame da matéria à luz das normas que concedem ou asseguram esses direitos, garantindo-lhes, em consequência, o exercício ou a eficácia.

Noutras palavras: trata-se de hipótese de aplicação do mecanismo de "freios e contrapesos", contemplado no artigo 2º da Constituição Federal.

Tampouco se ignora haver limitação orçamentária, mas, no escopo da concretização de direito fundamental à saúde e sem a excepcionalidade motivada por real e específica impossibilidade objetiva demonstrada, a omissão da Administração não comporta justificação na cláusula da "reserva do possível", que, como bem ensinam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, tem sido usada de forma falaciosa, *"(...) como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. (...)"*[1].

É por isso que não se deve dar a essa atuação qualquer conotação de violação da autonomia da Administração Pública, seja ela Federal, Estadual ou Municipal, sob pena de se impedir o cumprimento da própria Constituição da República, que assegura o pleno acesso à Justiça e garante a revisão judicial dos atos administrativos.

Neste sentido aponta a Súmula 65 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Súmula 65, TJSP: *"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade*

Acesso ao Sumário

1 SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *in* "Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". Artigo encontrado na obra "Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'" / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32.

administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças e adolescentes."

A matéria ora examinada é pacífica neste Egrégio Tribunal de Justiça e nos Colendos Tribunais Superiores, notadamente quanto à plena eficácia das normas constitucionais afetas ao direito fundamental à saúde:

"Direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente. ***Norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Normas definidoras de direitos não programáticas. Exigibilidade em Juízo.*** *Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência"* (Recurso Especial nº 577.836/SC; Relator Min. Luiz Fux; Primeira Turma; STJ; j. 21/10/2004; grifos nossos).

"APELAÇÃO – Obrigação de fazer – Saúde – "Ictiose extensa" – Sentença a obrigar o Município e o Estado a fornecerem à criança medicamento especial, necessário ao tratamento da sua doença – Cabimento – Legitimidade de ambos entes públicos – Responsabilidade solidária dos entes federativos – ***Direito Fundamental amparado nos artigos 1º, III, § 6º, 203, II e IV, 227, § 1º, todos da Constituição Federal, combinados com os artigos 4º, parágrafo único, b, 11, § 2º e 208, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Normas de eficácia plena*** *– Inocorrência de violação aos princípios da independência dos poderes, da autonomia municipal e da igualdade – Direito universal – Invalidade de critérios administrativos que neguem à criança seu direito fundamental à saúde e à própria vida – Necessidade comprovada – Multa cabível e proporcional – Rejeição da matéria preliminar – Não provimento do recurso"* (Reexame Necessário nº 994.08.010515-2; Relatora: Maria Olívia Alves; Câmara Especial; TJSP; j. 11/05/2009; grifou-se).

Desse modo, considerando-se a relevância do direito *sub judice*, não pode o Poder Público afastar-se do mandato juridicamente vinculante que lhe foi outorgado pela Constituição Federal.

Desta forma, era de rigor a procedência do pedido.

No que concerne ao cabimento da imposição de multa cominatória, esta deve ser mantida, posto não pesar dúvidas quanto à sua admissibilidade em desfavor de ente político.

Com efeito, consoante dispõe o artigo 536, § 1º, do Código de Processo Civil, pode o magistrado, nas ações de imposição de obrigação de fazer, fixar

Acesso ao Sumário

astreintes como meio coercitivo, ainda que contra pessoa jurídica de direito público.

Além disso, o artigo 213, § 2º, da Lei nº 8.069/90 também é taxativo ao prever a possibilidade de imposição de multa como mais um mecanismo a compelir o resguardo dos direitos e interesses de crianças e adolescentes.

Como já decidido no Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"(...) O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória – astreintes –, ainda que seja contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Agravo regimental improvido"* (STJ – 2ª Turma, AgRg no AREsp nº 7.869/RS, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, p. DJ 09.08.2011).

Quanto ao valor arbitrado a esse título, qual seja, R$ 100,00 (cem reais) por dia de descumprimento, tem-se que este não merece ser abrandado, vez que prudentemente fixado pelo magistrado de origem com base na razoabilidade e na proporcionalidade.

Todavia, por força da remessa necessária, a sentença deve ser reformada para limitar o valor do acúmulo das *astreintes* ao teto de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), montante este que estimula o cumprimento da decisão, sem onerar de modo excessivo os cofres públicos.

Por sua vez, dispõe o artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que *"as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé"*.

Assim, impõe-se o afastamento da condenação da Fazenda Estadual ao pagamento das custas e despesas processuais.

Por derradeiro, tem-se por prequestionada, e reputa-se não violada, toda a matéria constitucional e infraconstitucional invocada, anotando-se a desnecessidade de menção expressa a todos os dispositivos legais e argumentos trazidos pelas partes, conforme entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **AFASTO AS PRELIMINARES** e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa necessária, somente para: (i) limitar o acúmulo das *astreintes* ao teto de R$ 30.000,00 (trinta mil reais); e (ii) afastar a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento das custas e despesas processuais. Mantida, no mais, a r. sentença.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0027500-75.2022.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE JUNDIAÍ, interessados T.I.L. e M.R.A.G., é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em 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 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUNDIAÍ). V.U. Presente a advogada Drª. Stéphanie Gonçalves Pedroso Ribeiro.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.344)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Queixa-crime em que se apura eventual prática do delito previsto no art. 139, c.c. art. 141, III, e § 2º, ambos do Código Penal – Alegada conexão com queixa-crime diversa, ajuizada contra a mesma investigada, que tramita no Juízo suscitante – Ocorrência – Postagens realizadas nas redes sociais que dizem respeito a um mesmo contexto fático – Conveniência da apreciação dos fatos pelo mesmo juiz – Inteligência do art. 76, III, do CPP – Conexão probatória caracterizada – Análise conjunta dos delitos que possibilita melhor apuração da verdade real e observa a economia processual, além de evitar qualquer prejuízo à ampla defesa da investigada – Prevenção estabelecida pela precedência de atos processuais – Art. 83 do CPP – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *conflito negativo de jurisdição* suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL** em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL**, ambos da Comarca de Jundiaí, nos autos da Queixa-Crime nº (...), ajuizada por T.I.L., contra M.R.A.G., para a apuração de eventual prática do delito de difamação, previsto no art. 139, c.c. art. 141, III, e § 2º, ambos do Código Penal.

Há dissenso entre os Juízos sobre a competência para o processamento do feito, em razão de eventual conexão com demanda diversa, distribuída anteriormente ao Juízo suscitante (Queixa-Crime nº (...)).

Foi designado o **Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUNDIAÍ)** para apreciar e decidir as questões urgentes (fls. 4/5).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela conversão do julgamento em diligência ou, caso apreciado o mérito, pela fixação da competência do **Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUNDIAÍ)** (fls. 15/20).

É o relatório.

Conhece-se do *conflito negativo de jurisdição*, visto que presente a hipótese prevista no art. 114, I, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, registre-se que incabível, na espécie, o pleito de sustentação oral feito a fls. 9, diante de ausência de previsão legal. Confira-se, para tanto, o art. 146, § 4º, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça:

> *"**Art. 146, § 4º**. Ressalvada disposição legal em sentido contrário, **não haverá sustentação oral** nos julgamentos de embargos declaratórios, incidente de suspeição, **conflito de competência**, arquivamento de inquérito ou representação criminal, e agravo, exceto no de instrumento referente às tutelas provisórias de urgência ou da evidência, e no interno referente à extinção de feito originário prevista no art. 937, VI, do CPC."* (g.n.)

No mais, o presente conflito é suscitado nos autos da Queixa-Crime nº (...), ajuizada por T.I.L., contra M.R.A.G., para a apuração de eventual prática do delito de difamação, previsto no art. 139, c.c. art. 141, III, e § 2º, ambos do Código Penal.

O feito foi inicialmente distribuído ao Juízo suscitado, que determinou a redistribuição dos autos ao Juízo suscitante, ao argumento de haver prevenção da ação objeto deste incidente com feito distribuído em data anterior perante o Juízo suscitante, invocando o art. 83 do CPP (fl. 79 dos autos de origem).

Por sua vez, o Juízo suscitante entende que a ação em comento e a

Acesso ao Sumário

demanda invocada como motivo da prevenção versam sobre fatos e sujeitos diversos (fls. 96/97 dos autos de origem).

Importante registrar que o Juízo suscitado, a fls. 13 destes autos, informou haver erro material na sua decisão de fls. 79, uma vez que, por equívoco, mencionou que a prevenção teria ocorrido com o Proc. nº (...), enquanto, na realidade, a prevenção teria ocorrido em relação à **Queixa-Crime nº (...)**.

Dessa forma, retificou a decisão para fazer constar que *"Trata-se de ação penal privada que atribui a prática de crimes contra a honra. Contudo, em data anterior, foi distribuído, **sob nº (...)**, à 1ª Vara Criminal desta Comarca, queixa-crime idêntica à presente (cf. extrato de págs. 77/78). Posto isso, DECLARO a incompetência relativa deste Juízo e, em consequência, DETERMINO a imediata redistribuição, por prevenção, à 1ª Vara Criminal desta Comarca, na forma do art. 83 do Código de Processo Penal"*.

Assim, a questão posta versa sobre a existência de eventual conexão entre as referidas ações, a justificar o seu trâmite em conjunto.

Pois bem.

Da análise dos autos, verifica-se que a **Queixa-Crime nº (...)**, que tramita no Juízo suscitante, e a **Queixa-Crime nº (...)**, da qual retirado este incidente, foram ajuizadas pela mesma pessoa jurídica (T.I.L.) e visam à apuração da prática de crimes contra a honra da mesma natureza, capitulados no art. 139, c.c. art. 141, III, e § 2º, ambos do Código Penal, perpetrados, em tese, pelo mesmo agente (*M.R.A.G.*), nos dias **31 de janeiro de 2022** e **02 de fevereiro de 2022**, respectivamente.

Conforme dispõe o art. 76, III, do Código de Processo Penal, *verbis*:

"Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

(...)

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração."

In casu, respeitado o entendimento em sentido contrário, entendo que a apuração do delito investigado nos presentes autos dependerá da prova colhida nos autos da Queixa-Crime que já tramita perante o Juízo suscitante, uma vez que as postagens realizadas nas redes sociais dizem respeito a um mesmo contexto fático, qual seja, a paralisação dos coletores de lixo na cidade de Jundiaí.

Ou seja, em que pese se tratar de publicações diversas, foram praticadas em vista de uma mesma situação. Dessa forma, entendo que **resta caracterizada a conexão probatória entre os feitos**.

Nesse sentido, como bem ressaltado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 15/20:

"(...) Entretanto, não se pode ignorar a existência da prévia distribuição, à 1ª Vara Criminal, da queixa-crime registrada sob nº (...), em 13 de julho

Acesso ao Sumário

de 2022 (fl. 52) em relação àquela consubstanciada nos autos originais, que ocorreu, livremente, em 1º de agosto de 2022, para a 2ª Vara Criminal, sendo certo que, naqueles autos, ***houve determinação para designação de audiência de tentativa de conciliação nos termos do artigo 520 do Código de Processo Penal, em 27 de julho de 2022 (fl. 44 dos autos nº (...))****.*

Ambos os processos visam à apuração da prática de crimes contra a honra da mesma natureza, capitulados, em tese, nos artigos 139, c.c. 141, inciso III, e § 2º, do Estatuto Repressivo, pelo mesmo sujeito ativo (M.R.A.G.) contra a mesma vítima ("T.I.L. Eireli"), nos dias 31 de janeiro de 2022 (autos nº (...)) e 02 de fevereiro de 2022 (autos originais nº (...)).

Muito embora não tenha o querelante indicado a prevenção da 1ª Vara Criminal de Jundiaí na incoativa registrada sob nº (...), ***é evidente a conexão existente que atrai a aplicabilidade da regra trazida pelo artigo 83, da lei de regência:***

(...)"

Anote-se, por oportuno, que a análise conjunta dos delitos possibilita a melhor apuração da verdade real e observa a economia processual, além de evitar qualquer prejuízo à ampla defesa da investigada, razão pela qual **entendo necessária a reunião dos feitos para trâmite em conjunto**.

No mais, considerando a distribuição prévia da Queixa-Crime nº (...) ao Juízo suscitante, **em 13 de julho de 2022**, tornou-se prevento para julgar as demandas, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal, a saber:

"Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c)."

Nesse sentido, em casos análogos, já decidiu esta C. Câmara Especial:

"Conflito Negativo de Jurisdição – Alegada conexão – Ocorrência – fatos apurados separadamente que apontam a prática de diversos delitos alguns deles comuns aos vários denunciados – Imputação de crimes de tráfico e associação para o tráfico, entre outros – Conexão material e instrumental caracterizada – Agentes associados para a prática da traficância e que compõem a mesma organização criminosa ligada ao PCC – Conveniência da instrução processual a determinar a reunião dos feitos – Inteligência do art. 76, I e III, do CPP – Prevenção estabelecida pela precedência de atos processuais e pela maior quantidade de delitos apurados – Aplicação do art. 83 do referido códex – Conflito acolhido – Competente o suscitante (3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente)."

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0007354-81.2020.8.26.0000; Relator :

Acesso ao Sumário

Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Vicente – 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/06/2020; Data de Registro: 07/06/2020)

"Conflito Negativo de Jurisdição – Delitos de tráfico de drogas e de associação para esse fim – Anterior ação para apuração de crimes de tráfico de drogas dita conexa, distribuída ao suscitado – Falha no estudo da prevenção – Sistema que não direcionou os posteriores feitos cautelares pera quebra do sigilo telefônico, prisão temporária, bem assim, a ação penal relativa a outros envolvidos nos fatos ao juízo prevento – Feitos distribuídos ao suscitante – Determinação de redistribuição dos autos ao juízo prevento – Devolução dos autos diante da quebra da prevenção ocorrida pelo sentenciamento da pretérita ação penal – Descabimento, in casu – Inaplicável o teor da Súm. nº 235 do e. STJ na hipótese, já que não originariamente direcionadas as ações ao juízo prevento, por equivoco da distribuição – Fatos apurados separadamente que apontam a prática de delitos comuns aos vários denunciados – Conexão material e instrumental caracterizada – Agentes associados para a prática da traficância e que compõem a mesma organização criminosa – Conveniência da apreciação dos fatos pelo mesmo juiz – Inteligência do art. 76, I e III, do CPP – Prevenção estabelecida pela precedência de atos processuais – Aplicação do art. 83 do referido códex – Conflito acolhido – Competente o suscitado (16ª Vara Criminal da Comarca da Capital)." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0006070-04.2021.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/05/2021; Data de Registro: 12/05/2021)

Ante o exposto, **conheço** do conflito negativo de jurisdição e **declaro** a competência do **Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUNDIAÍ).**

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2224324-70.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente F.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, concederam a ordem para determinar a substituição da internação por liberdade

Acesso ao Sumário

assistida. Vencido o 3º Juiz que declara voto", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.129)**

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, 4 de novembro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução de medida socioeducativa de internação em decorrência da prática de ato infracional equiparado a roubo majorado – Decisão que indeferiu a extinção da medida de internação e determinou a intensificação das intervenções pela equipe técnica junto ao paciente – Plano individual de atendimento que evidenciou, de forma concreta, particularizada, aprofundada e conclusiva, acerca da satisfatória evolução do processo pedagógico – Finalidade da medida de internação atingida – Extinção da execução é **prematura – Possibilidade de progressão do jovem para o cumprimento da medida socioeducativa em meio aberto – Jovem com respaldo familiar, demonstrou arrependimento, possui planos de continuar os estudos, tem oportunidade de trabalho na construção civil, tudo a indicar evolução satisfatória – Substituição da internação por liberdade assistida – Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da ordem, no tocante ao pedido subsidiário, com a consequente substituição da medida restritiva – Ordem concedida.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** impetra o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de F.C., nascido em (...), contra a decisão que manteve a medida socioeducativa de internação, imposta pela prática de ato infracional equiparado a roubo majorado, e determinou a intensificação das intervenções (fls. 50/53).

Sustenta, em síntese, constrangimento ilegal na manutenção da interna-

ção, face ao relatório conclusivo inserido no plano inicial de atendimento (PIA), elaborado pela equipe técnica da Fundação Casa, a sugerir a extinção da medida. Destaca haver parecer favorável do Ministério Público. Pontua que as metas do plano individual de atendimento foram atingidas. Menciona os princípios da brevidade e excepcionalidade, nos termos do art. 121 do ECA e § 2º, do art. 1º da Lei nº 12.594/2012.

Pugna, portanto, à força de liminar, a liberação do adolescente até o julgamento do *writ*. No mérito, requer a concessão da ordem, para determinar a extinção da medida de internação ou, subsidiariamente, a substituição por liberdade assistida (fls. 01/09).

Após conclusão dos autos, a liminar foi indeferida (fls. 63/65). O MM. Juízo prestou informações (fls. 71/98).

A Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da ordem, para se substituir a medida de internação por liberdade assistida (fls. 102/113).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Entende-se que a ordem deve ser concedida concernente ao tocante ao pedido subsidiário.

Verifica-se dos autos que o adolescente, com (...) anos de idade, cumpre medida de internação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado (inc. II, do § 2º, do art. 157 do CP) (fls. 23/28).

Durante o trâmite da execução da medida, os técnicos da Fundação Casa, no próprio relatório inicial do cumprimento da medida (PIA), atestaram a satisfatória evolução do processo pedagógico ao qual o adolescente foi submetido e sugeriram a extinção da medida (fls. 33/40).

Contudo, a despeito da conclusão a que chegou a equipe técnica, a Magistrada manteve a medida de internação e determinou a intensificação das intervenções junto ao adolescente (fls. 50/53).

Pois bem.

Extrai-se do relatório técnico produzido em sede de execução de medida socioeducativa que se trata do primeiro envolvimento em ato infracional do jovem. Atestam os técnicos que a medida de internação foi cumprida de forma satisfatória, pois o período de reclusão foi suficiente para levar o jovem à reflexão. Ademais, atestaram os técnicos que ele não se envolveu em atos de indisciplina, demonstrou arrependimento, bom relacionamento com funcionários e demais jovens, é educado, tranquilo, admitiu o erro cometido, reconheceu os prejuízos advindos de suas escolhas, apresenta crítica consistente em relação às suas ações e manteve-se mais distante dos seus pares e mais próximo da equipe funcional, buscando conselhos para retomar seu caminho de vida pautado na

Acesso ao Sumário

licitude e no trabalho digno (fls. 33/40).

É, ainda, relevante destacar que a equipe técnica asseverou expressamente o seguinte, a saber: *"Em suma, F. não apresenta má-índole, tampouco percebe-se uma identidade infracional se internalizando."* (fl. 35).

No que tange à realização das atividades pedagógicas, o adolescente está regularmente matriculado no 8º ano do Ensino Fundamental II, plenamente alfabetizado, considerado no estágio III por apresentar ótima escrita, leitura fluente, correta utilização das regras de pontuação, boa expressão oral, dominar as quatro operações básicas e ter bom raciocínio lógico (fls. 37/38). O jovem pretende continuar os estudos e realizar curso de gerente de administração (fl. 35).

Acrescenta-se tratar-se de jovem que teve diversas experiências trabalhistas (na roça, lava-rápido, quiosque, restaurante, lanchonete e ajudante de pedreiro) e demonstra valorizar tal fato (fls. 37/38).

Salientaram, ainda, que os laços afetivos se encontram fortalecidos, constatando-se que o jovem foi criado pela avó e pela tia no Estado da Bahia, haja vista que a genitora faleceu e o genitor é desconhecido. Em São Paulo, o jovem possui o respaldo do primo, que pretende auxiliá-lo nesta nova trajetória, se comprometendo a dar suporte afetivo e material, além de providenciar estudo e encaminhamento profissional no segmento da construção civil, inicialmente como ajudante (fls. 30, 35, 36 e 37).

Assim, em que pese a não vinculação do Douto Magistrado aos laudos ou relatórios técnicos, a teor da Súmula nº 84 deste Egrégio Tribunal de Justiça, há de se reconhecer que, no caso dos autos, o relatório corrobora o acerto da progressão da medida socioeducativa de internação para a liberdade assistida com particular concretude.

É possível verificar que o paciente, diferentemente de diversos outros casos análogos, ostenta respaldo familiar, além do que tem postura adequada e reflexiva sobre suas ações a amparar a aplicabilidade integral dos princípios da brevidade e da mínima intervenção que norteiam a execução das medidas socioeducativa (incs. V e VII, do art. 35 da Lei nº 12.594/2012).

Acesso ao Sumário

Há de se ponderar, contudo, ser prematura a extinção da medida. Assim, de sorte a garantir que se perdurem os avanços alcançados, como forma de transição ao convívio social, o adolescente permanecerá acompanhado em medida de liberdade assistida.

Ressalta-se que as medidas aplicadas em meio aberto permitirão a ressocialização do jovem através de sua inserção no meio social de maneira que ele possa sentir-se acolhido e direcionado.

Neste cenário, constata-se o arrependimento e conscientização do jovem no que pertine à gravidade e consequências de seu ato pregresso, reconhecimento o mal que causou à vítima, criticidade e propósito de retornar a vida com

projetos concretos, de forma digna e produtiva, a demonstrar reunir condições de ser reinserido em sociedade.

Ademais, o princípio da atualidade, insculpido no art. 100, parágrafo único, VII, do ECA prevê que a intervenção estatal deverá levar em conta a situação do adolescente no momento da decisão a ser tomada, de modo que o estudo técnico mais recente é o melhor instrumento para a avaliação da situação atual do jovem que mostrou conduta consentânea com a progressão buscada.

A esse respeito, destaca-se o seguinte precedente desta Colenda Câmara Especial, senão vejamos:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO. Relatório técnico da Fundação CASA favorável à progressão da medida por ter alcançado os objetivos almejados. Equipe técnica do juízo que corroborou o parecer da unidade de internação. Aptidão para o cumprimento da medida em meio aberto suficientemente evidenciada. Paciente que apresentou avanços positivos significativos, denotando crítica adequada, maturidade e disposição para uma trajetória de vida condizente com as normas e valores sociais. Existência de efetivo respaldo familiar. Escopo da medida socioeducativa em meio fechado plenamente alcançado. Substituição da medida de internação pela liberdade assistida que se impõe. Ordem parcialmente concedida." (TJSP; *Habeas Corpus* Cível 2211165-60.2022.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especial da Infância e Juventude – DEIJ – Depto de Execuções da Vara Esp. Inf. Juv.; Data do Julgamento: 30/09/2022; Data de Registro: 30/09/2022).

Em sentido idêntico, e a reforçar a decisão concessiva em apreço, no tocante ao pedido subsidiário, destaca-se trecho do judicioso parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fl. 112):

"Por outro lado, é prematuro deixar de acompanhar o paciente, com base no relatório apresentado pela Equipe Multidisciplinar. Pelo se infere, a conclusão dos técnicos baseia-se, exclusivamente, em sua primariedade, nas pretensões futuras dele e na demonstração por ele de vergonha do ato infracional cometido.

O respaldo familiar ainda precisa ser fortalecido. Aqui em São Paulo, F. possui apenas um parente, seu primo, com quem poderia trabalhar no segmento da construção civil e que aceita acolhê-lo em casa. Possui também um outro parente, sua avó V., residente na cidade de (...), Bahia, que aparentemente subsiste apenas com o pagamento de um benefício estatal de um salário-mínimo. A mãe é falecida e o pai desconhecido. A sua situação educacional e profissionalizante permanece incerta.

No caso em apreço, a melhor solução é conciliar-se as preocupações externada pelo Juízo de Direito do DEIJ em sua decisão com a evolução do

Acesso ao Sumário

adolescente no cumprimento das metas da medida socioeducativa, substituindo-se a internação por liberdade assistida, que permitirá acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente (art. 118 do ECA).”

Frisa-se, por fim, que também o Ministério Público em Primeiro Grau opinou pela extinção da internação, ou sua substituição por liberdade assistida.

Com isto, **concede-se a ordem** para determinar a substituição da internação por liberdade assistida.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 53.034**)**

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado a roubo majorado praticado mediante violência real – Medida socioeducativa de internação – Relatório técnico favorável à **extinção da medida – Manutenção da internação – Circunstâncias dos fatos e condições pessoais do adolescente, que evidenciam a necessidade da continuidade da medida extrema – Decisão impugnada satisfatoriamente fundamentada – Magistrado que não está adstrito à conclusão de relatórios emitidos pela unidade de internação, tampouco às manifestações do *Parquet* e da defesa – Incidência do princípio do livre convencimento motivado – Inteligência da Súmula nº 84, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.**

Acesso ao Sumário

VISTOS.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetra ordem de *habeas corpus* em favor de F.C., que foi responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado a roubo majorado pelo concurso de agentes, atualmente em cumprimento de medida socioeducativa de internação (Execução de Medidas Socioeducativas nº (...), do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude – DEIJ, da Comarca da Capital).

Aduz, em síntese, que o paciente cumpre a medida socioeducativa de internação e que, malgrado tenha sido sugerido seu encerramento no relatório técnico da Fundação CASA mais recente, o Juízo de origem houve por bem

prosseguir com a execução da internação.

Argumenta, ainda, que o paciente evoluiu durante o período da internação e tem condições peculiares que devem ser levadas em conta, quais seja, sua primariedade, sua origem em outra Unidade da Federação, o fato de sentir-se envergonhado e arrependido, a inexistência de má índole ou identidade infracional, o respaldo familiar, o bom relacionamento com o corpo da Fundação CASA e sua disponibilidade de escuta.

Sustenta, ademais, a violação dos princípios da atualidade, brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, insculpidos no ECA e na Lei do Sinase.

Por tais razões, pleiteia liminarmente a suspensão da execução e, no mérito, a concessão de ordem para que seja cassada a decisão de primeiro grau, com a extinção da internação ou, subsidiariamente, a substituição por liberdade assistida (fls. 01/09).

Indeferida a liminar (fls. 63/65) e prestadas as informações (fls. 71/98), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pela concessão da ordem para substituir a internação por liberdade assistida (fls. 102/113).

É o relatório.

Em que pese o brilho dos argumentos sempre lúcidos do e. Relator, Desembargador Wanderley José Federighi, que, em seu voto, concede a ordem para substituir a medida socioeducativa de internação por liberdade assistida, ouso deles divergir, pois entendo ser o caso de se denegar a impetração.

Com efeito, apura-se que, não obstante a existência de sugestão técnica pela extinção da internação aplicada ao paciente (fls. 34/40), além de manifestação convergente das partes (fls. 44/45 e 48), o MM. Juízo *a quo* houve por bem manter a medida e determinar a intensificação das intervenções (fls. 50/53), invocando os seguintes fundamentos, *verbis*:

> *"Apesar do sugerido e requerido é caso de manutenção da internação.*
>
> *Com efeito, dispõe o artigo 1º, § 2º, incisos I e III, da Lei nº 12.594/12, que, dentre os objetivos das medidas socioeducativas, estão a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, bem como a desaprovação da própria conduta, devendo a execução ser individualizada, por força do princípio expresso no art. 35, VI, do mesmo diploma legal.*
>
> *Porém, apesar do parecer técnico, fica assente pelo relatório polidimensional de fls. 08/13 que o educando não se responsabiliza pelo ato infracional que gerou a sua atual internação, em sentido oposto ao que dispõe o artigo 1º, § 2º, incisos I e III, da Lei nº 12.594/12.*
>
> *O ato infracional praticado é grave e foi executado em concurso de agentes e mediante grave ameaça contra a vítima.*
>
> *Além disso, constou do Relatório Polidimensional formulado há menos*

Acesso ao Sumário

de 02 (dois) meses que: '[...] não tolera orientações de seus responsáveis e quer viver a sua vida sem a devida supervisão de uma figura de autoridade, consegue omitir fatos inadequados de seu comportamento e, infelizmente, nutre mágoas por seus entes, os quais o criaram, refere que quando criança sofria privações e maus tratos, no entanto, parece que estes buscam resgatar a vinculação com F.' (fls. 10) (destaquei).

Ainda, foi consignado que: 'A quebra de algumas normas sociais lhe surge como uma maneira de provar sua independência, não observa atos infracionais como algo negativo, mais um meio de subsidiar a si mesmo em sua necessidade de auto afirmar-se. Não conseguirá sozinho se reconhecer como uma pessoa madura e assumir a responsabilidade por sua vida, pelo seu caminho, ter senso de responsabilidade sobre si mesmo, para conseguir assumir o controle de sua realidade e de seu crescimento, com disciplina e nitidez deverá ser inserido em medida socioeducativa que acolha suas necessidades de limites e regras' e que '[...] sua crítica ainda se encontra em construção e necessita de intervenções que o auxiliem na aquisição de responsabilidade e criticidade' (fls. 10) (destaquei).

Assim, fica evidente que, em apenas 02 (dois) meses de intervenção, o educando perante sua Equipe de Referência no CASA Vila Guilherme, ainda não se responsabilizou pelo seu ato, tratando-se de jovem sem efetiva crítica sobre o ato infracional, além de influenciável.

Nesse ponto, destaco que o jovem, menor de idade, saiu do seio familiar, na cidade de (...), Estado da Bahia, e passou a residir em São Paulo, a pretexto de uma aventura amorosa que não se concretizou.

Desamparado, foi acolhido e sucumbiu à possibilidade de obtenção de lucro fácil. Agora, egoisticamente arrependido, longe da família e com a promessa de ser assistido por um primo, entende a equipe técnica de referência que o educando possua os atributos necessários para a convivência em sociedade, sem restrições, providência que, ressalta-se, não encontra respaldo nas manifestações técnicas até então juntadas aos autos.

O relatório inicial/conclusivo de fls. 25/31, infelizmente, é genérico sobre a responsabilização pelo ato infracional, tecendo maiores considerações sobre o histórico familiar, metas eminentemente objetivas (escolarização e profissionalização) e em questões sociais/familiares, do que relacionadas ao ato em si.

Tal omissão e a falta das respectivas intervenções não podem ser negligenciadas pelo Juízo.

Neste momento, extinguir a execução, substituir a internação por liberdade assistida ou determinar a realização de reavaliação pela Equipe Técnica do Juízo seria conduzir a execução ao arrepio dos interesses do próprio jovem e até da sociedade, levando-se em conta ainda o princípio da intervenção precoce.

Acesso ao Sumário

Lembro que o princípio da proteção integral, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e as necessidades pedagógicas do caso devem sempre preponderar sobre a liberdade inconsequente e temerária.

Ressalto, por fim, que o magistrado não está vinculado ao relatório da equipe técnica, nos termos da Súmula 84 do E. Tribunal de Justiça de São Paulo ("O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica.").

Portanto, é caso de manutenção da medida socioeducativa de internação e intensificação das intervenções, pois indispensáveis ao caso concreto."

E a sobredita decisão além de suficientemente motivada, nos moldes do disposto no artigo 93, inciso IX, do Texto Magno e demais dispositivos legais aplicáveis à hipótese (como se verifica a partir da simples leitura da transcrição supra), deu solução jurídica correta ao caso em análise, devendo, pois, ser conservada.

A respeito, cumpre anotar que, pese embora a existência de sugestão técnica da Fundação Casa sugerindo a extinção da medida, é cediço e inquestionável que, em face do postulado do livre convencimento motivado, o Julgador não está adstrito às conclusões externadas nos laudos confeccionados pelos órgãos auxiliares do Juízo, podendo, inclusive, afastá-las, desde que o faça, fundamentadamente, à luz das especificidades da causa *sub judice* (como verificado na presente sede).

De tão pacífico tal entendimento, este Egrégio Tribunal editou a Súmula nº 84, que dispõe, *litteris*: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica"*.

Por outro lado, é fato que a gravidade do ato infracional praticado pelo adolescente – análogo ao crime de roubo majorado praticado mediante violência real (fl. 13) – pode (e deve) ser considerada ao longo da supervisão e acompanhamento judicial da medida socioeducativa, reclamando, inclusive, maior cautela, por parte do MM. Juízo *a quo*, no tocante à decisão acerca da substituição e/ou extinção da medida.

Ademais, salta aos olhos o fato de que os fatos foram praticados em 03 de junho de 2022, há cerca de cinco meses, e que o laudo em que se baseia o pleito defensivo foi realizado em 01 de setembro p. passado, menos de três meses após a privação de liberdade, prazo deveras exíguo de acompanhamento para que se constate a inadequação do prosseguimento da internação, realizado, ademais, no próprio Plano Inicial de Cumprimento da Medida (fl. 33).

Tudo aponta, portanto, para maior cautela no que diz respeito a qualquer alteração da solução adotada pouco tempo antes pelo Juízo de conhecimento.

Aliás, diante da invocação, pelo MM. Juiz singular, dos fundamentos alhures descritos, vê-se ser descabida a alegação de afronta ao que dispõe o artigo 42, § 2º da Lei 12.594/12.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, a conjuntura adrede referida – qual seja, apresentar o paciente histórico de envolvimento na seara infracional e não demonstrar, ainda, a esperada adesão às intervenções estatais efetuadas –, a par das demais circunstâncias indicadas linhas atrás, também demanda maior prudência do Magistrado ao decidir sobre a extinção (ou não) da internação, haja vista a consabida finalidade ressocializante que norteia e orienta a aplicação e execução das medidas socioeducativas.

Sendo assim, diante de tal estado de coisas, ressoa nítida a necessidade de se avaliar, de maneira mais precisa e duradoura, as condições pessoais do socioeducando e seu progresso psicológico e educacional (haja vista encontrar-se ele em um gradativo processo de assimilação de valores) para, só então, autorizar-se, com a devida prudência, o abrandamento ou encerramento de seu acompanhamento por parte do Estado.

Vê-se, em face das considerações acima externadas, que, *in casu*, a decisão de manutenção, por ora, da medida socioeducativa de internação, longe de violar quaisquer dos comandos normativos inscritos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei do SINASE e na Carta da República, deu, isto sim, correta aplicação a *todos* os princípios e diretrizes socioeducativas aplicáveis à espécie, atendendo, ademais, ao metaprincípio da proteção integral.

Destarte, inexiste, na espécie, qualquer constrangimento ilegal contra o paciente a ser sanado pelo presente remédio heroico.

Diante do exposto, pelo meu voto, cassada a liminar, *denego* a ordem.

GUILHERME G. STRENGER, Desembargador Vice-Presidente

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Infância e Juventude nº 2159539-02.2022.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante APCT – ASSOCIAÇÃO PAULISTANA DE CONSELHEIROS E EX-CONSELHEIROS TUTELARES, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM, a fim de determinar, ao MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão

Preto, que se abstenha de impor, aos conselheiros tutelares, o acompanhamento de oficiais de justiça no cumprimento de mandados de busca e apreensão de crianças e adolescentes, com fundamento na Portaria nº 01/2022 do mesmo juízo, confirmando-se a liminar concedida às fls. 86/94. Presente o advogado Dr. Ricardo Miguel Sobral.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.571)**

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, 24 de outubro de 2022.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Câmara Especial – Mandado de Segurança – Infância e Juventude – Insurgência – Portaria nº 01/2022 expedida pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto – Imposição aos conselheiros tutelares de Ribeirão Preto de acompanhamento de oficiais de justiça no cumprimento de mandados de busca e apreensão de crianças e adolescentes – Inexistência de regra legal que imponha subordinação do Conselho Tutelar a ato normativo judicial genérico e sem fundamentação vinculada ao respectivo caso concreto – Órgão permanente, autônomo e não jurisdicional, que possui atribuições bem delimitadas no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Existência de direito líquido e certo violado – Ordem concedida.

VOTO

VISTOS.

Cuida-se de *Mandado de Segurança*, com pedido de liminar, impetrado pela ASSOCIAÇÃO PAULISTANA DE CONSELHEIROS E EX-CONSELHEIROS TUTELARES – APCT em face de ato acoimado de ilegal e abusivo, praticado pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto que, com fundamento na Portaria nº 01/2022 daquele juízo, impôs, aos conselheiros tutelares daquela comarca, a obrigação de acompanhar oficiais de justiça no cumprimento de mandados de busca e apreensão de crianças e adolescentes.

Alega que "*as atribuições dos conselheiros tutelares estão previstas em*

Acesso ao Sumário

legislação específica, notadamente no art. 136 do ECA e não podem ser ampliadas com base em atos infralegais editados por órgão ou entidade externos ao Conselho que integram." (fl. 02).

Aduz que "*o Conselho Tutelar não é órgão auxiliar do Judiciário, mas órgão autônomo, que atua em colaboração com o Judiciário nos termos em que definido pelo ECA, e não por portarias e atos infralegais de juízes. Não é possível, por via interpretativa, criar atribuição adicional para o Conselho Tutelar, por, pelo menos, seis razões. i. O Conselho Tutelar é órgão autônomo; ii. A competência do Conselho Tutelar é definida pelo ECA, lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo; iii. A competência de um órgão não pode ser expandida pela vontade de outro, manifestada por portarias ou outros normativos internos; iv. O CONANDA regulamentou a matéria, esclarecendo que não é possível a ampliação da competência dos conselheiros (art. 25 da Resolução nº 170/2015, DOU 27/01/2015); v. O poder normativo do Poder Judiciário circunscreve ao seu âmbito interno, não podendo atingir outros órgãos e particulares que não utilizam dos seus serviços; vi. Existem órgãos próprios para dar cumprimento às ordens judiciais (oficiais de justiça e equipe multiprofissional)*" (fl. 09).

Assevera, ainda, que "*O Judiciário não pode criar uma atribuição legal para um órgão autônomo com fundamento no seu poder normativo-administrativo, que é interno aos seus serviços, não alcançando outros órgãos ou particulares que não utilizam dos serviços judiciários.*" (fl. 15).

Requer, assim, inicialmente, "*concessão de liminar, em favor dos conselheiros tutelares de Ribeirão Preto, para que a juíza da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto se abstenha de impor que acompanhem diligências judiciais com base na sua Portaria nº 01/2022*" e, no mérito, "*a concessão da segurança para a confirmação da liminar*" (fls. 01/28).

Concedida a liminar (fls. 86/94), sobrevieram informações da d. autoridade coatora (fls. 97/99).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer (fls. 104/108), opinando pela não concessão da segurança, mantendo-se a vigência e atestando a legalidade da Portaria nº 01/2022 expedida pela MMª Juíza da Infância e Juventude de Ribeirão Preto.

É o relatório.

Trata-se de *mandado de segurança* impetrado pela Associação Paulistana de Conselheiros e ex-Conselheiros Tutelares – APCT contra atos qualificados como ilegais e abusivos, praticados pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, que, segundo o relatado na inicial, vem impondo, aos conselheiros tutelares daquela comarca, a obrigação de acompanhar oficiais de justiça no cumprimento de mandados de busca e

Acesso ao Sumário

apreensão de crianças e adolescentes, com base na Portaria nº 01/2022 daquele mesmo juízo.

Pois bem.

Dispõe o artigo 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 que se concederá "*mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*".

A propósito, segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, "*direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração*" (*in*, Mandado de Segurança, 23ª edição, 2001, Ed. Malheiros, p. 35/36).

No caso, são impugnadas ordens do MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, fundamentadas no item I, da Portaria nº 01/2022 daquele juízo, *verbis*: "*Os mandados de busca e apreensão de crianças e adolescentes serão cumpridos por Oficial de Justiça, acompanhado por Conselheiro Tutelar desta Comarca, nos termos do art. 136, inciso I c/c arts. 98 e 101, inciso VII, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prestará atendimento, orientação e acompanhamento, no âmbito de suas atribuições, conforme a região*" (fls. 52).

E, de fato, cabe reconhecer a relevância da fundamentação exposta pela impetrante.

Isso porque, o Conselho Tutelar é órgão permanente, autônomo e não jurisdicional (artigo 131 da Lei nº 8.069/1990), que possui atribuições bem delimitadas no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *litteris*:

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I – atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

II – atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;

III – promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV – encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V – encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

VI – providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, den-

Acesso ao Sumário

tre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

VII – expedir notificações;

VIII – requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;

IX – assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X – representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

XI – representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural.

XII – promover e incentivar, na comunidade e nos grupos profissionais, ações de divulgação e treinamento para o reconhecimento de sintomas de maus-tratos em crianças e adolescentes.

XIII – adotar, na esfera de sua competência, ações articuladas e efetivas direcionadas à identificação da agressão, à agilidade no atendimento da criança e do adolescente vítima de violência doméstica e familiar e à responsabilização do agressor;

XIV – atender à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência doméstica e familiar, ou submetido a tratamento cruel ou degradante ou a formas violentas de educação, correção ou disciplina, a seus familiares e a testemunhas, de forma a prover orientação e aconselhamento acerca de seus direitos e dos encaminhamentos necessários;

XV – representar à autoridade judicial ou policial para requerer o afastamento do agressor do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente;

XVI – representar à autoridade judicial para requerer a concessão de medida protetiva de urgência à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência doméstica e familiar, bem como a revisão daquelas já concedidas;

XVII – representar ao Ministério Público para requerer a propositura de ação cautelar de antecipação de produção de prova nas causas que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

XVIII – tomar as providências cabíveis, na esfera de sua competência, ao receber comunicação da ocorrência de ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que constitua violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente;

XIX – receber e encaminhar, quando for o caso, as informações reveladas por noticiantes ou denunciantes relativas à prática de violência, ao uso de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de educa-

Acesso ao Sumário

ção, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente;

XX – representar à autoridade judicial ou ao Ministério Público para requerer a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionada à eficácia da proteção de noticiante ou denunciante de informações de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente.

Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família.

Veja-se que, da atenta leitura do transcrito dispositivo legal, não se apura a existência de regra, que imponha subordinação do Conselho Tutelar a ato normativo judicial que, como ocorre na espécie, genericamente determina que cumprimento de mandado de busca e apreensão de criança e adolescente, a ser efetuado por oficial de justiça, nas hipóteses dos artigos 98 e 101, inciso VII, da Lei nº 8.069/1990, seja acompanhado por conselheiro tutelar.

E, nessa linha, tenho para mim que, o item I, da Portaria nº 01/2022, do MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, extrapola da legalidade, não devendo, assim, prevalecer.

Não se olvida que esse acompanhamento é possível e deve ser determinado pelo MM. Juízo de Direito da Infância e Juventude quando necessário. Nada obstante, nesses casos, a respectiva ordem judicial deve ser fundamentada, como exige do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, com análise individual do fato concreto, a motivar a excepcionalidade da medida.

Da forma como expressa, portanto, a determinação prevista no item I, da Portaria nº 01/2022, do MM. Juízo de Direito da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, porque genérica e não fundamentada, atenta contra a estrita legalidade.

Desta feita, da análise mais aprofundada dos elementos de convicção existentes nos autos, verifica-se a presença do direito líquido e certo invocado pelos impetrantes, diante da possibilidade de serem sancionados por eventual descumprimento de ordem pautada na mencionada portaria, que extrapola da legalidade.

Ante o exposto, CONCEDE-SE A ORDEM, a fim de determinar, ao MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, que se abstenha de impor, aos conselheiros tutelares, o acompanhamento de oficiais de justiça no cumprimento de mandados de busca e apreensão de crianças e adolescentes, com fundamento na Portaria nº 01/2022 do mesmo juízo, confirmando-se a liminar concedida às fls. 86/94.

Acesso ao Sumário

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1013183-02.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos MUNICÍPIO DE GUARUJÁ e J.P.H.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.027)**

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, 17 de novembro de 2022.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Vaga em creche – Período semi-integral – Direito à educação – Descabimento da remessa necessária – Inteligência do artigo 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil – Não caracterização de sentença ilíquida – Pretensão que se mostra mensurável – Conteúdo econômico da sentença condenatória que pode ser obtido através de simples cálculo aritmético – Custo anual estimado por aluno matriculado nos Municípios, que compõem o Estado de São Paulo, inferior ao limite estabelecido no Código de Processo Civil para a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição – Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Reexame necessário não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de remessa necessária da r. sentença de fls. 51/55, que julgou procedente *ação de obrigação de fazer* ajuizada por *J.P.H.S. (MENOR)* em face do *MUNICÍPIO DE GUARUJÁ* e condenou o ente público a providenciar a matrícula da parte autora em estabelecimento de educação infantil da rede municipal, próximo da sua residência, assim entendido como aquele localizado até dois quilômetros, no período semi-integral, sob pena de multa diária no valor de R$ 250,00, até o limite de R$ 25.000,00. Foram arbitrados honorários advocatícios no valor de R$ 350,00, em razão do reconhecimento do pedido e imediato cumprimento da obrigação.

Não houve interposição de recurso pelas partes (fl. 67).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento da remessa necessária (fls. 71/74).

É o relatório.

Desde logo, consigna-se que se entendia de rigor o conhecimento da remessa necessária, conforme determina o artigo 496, I, do Código de Processo Civil, bem como as Súmulas nº 490 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 108 deste Tribunal de Justiça.

Contudo, ressalvado o entendimento esposado em feitos anteriores, e tendo ficado vencido, curvo-me à orientação majoritária da Colenda Câmara Especial, em atenção ao princípio da colegialidade.

Pois bem.

Cuida-se de *ação de obrigação de fazer* pela qual se garantiu acesso de criança à educação infantil, em creche da rede municipal próxima de sua residência.

Por força da ausência de interposição de apelação em face da r. sentença que acolheu a pretensão da parte autora, subiram os autos do presente feito, em razão de recurso de ofício.

Entretanto, não é caso de conhecimento da remessa necessária.

Como se sabe, o artigo 496, I, do Código de Processo Civil, determina o envio dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça para reexame necessário, na hipótese de sentença proferida contra o Município, *verbis*:

> *"Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
>
> *I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;*
>
> *(...)*
>
> § 1º Nos casos previstos *neste artigo, não interposta a apelação no pra-*

Acesso ao Sumário

zo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.*"*

E, no § 3º do mesmo dispositivo legal, há hipótese de dispensa do reexame necessário nas condenações em que o proveito econômico obtido na causa tiver valor certo e líquido inferior aos limites estabelecidos naquela norma:

"§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I – 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III – 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público."

Observa-se que, na presente ação, a parte autora busca do ente público municipal a obtenção de vaga em creche, cujo proveito econômico é possível de mensuração através de simples cálculo aritmético.

Com efeito, nos termos da Portaria Interministerial do MEC/ME nº 1, de 31 de março de 2021, do Anexo I, o custo anual estimado por aluno para o Estado de São Paulo é de R$ 5.651,13, valor este muito abaixo daquele previsto no artigo 496, § 3º, inciso III, do CPC, para incidência da remessa necessária.

Considerando, assim, que, na espécie, o custo anual estimado por aluno matriculado nos Municípios, que compõem o Estado de São Paulo, é inferior ao mínimo estabelecido na legislação processual para aplicação do recurso de ofício, conclui-se que, na hipótese, aludida irresignação legal não há de ser conhecida.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. ART. 496, § 3º., I DO CÓDIGO FUX. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR AFERÍVEL POR CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE DE MENSURAÇÃO. AGRAVO INTERNO DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE UFF DESPROVIDO. 1. Esta Corte, no julgamento do REsp. 1.101.727/PR, representativo de controvérsia, fixou a orientação de que, tratando-se de sentença ilíquida, deverá ser ela submetida ao

reexame necessário, uma vez que não possui valor certo, estabelecendo que a dispensabilidade da remessa necessária pressupunha a certeza de que o valor da condenação não superaria o limite de 60 salários mínimos. 2. Contudo, a nova legislação processual excluiu da remessa necessária a sentença proferida em desfavor da União e suas respectivas Autarquias cujo proveito econômico seja inferior a mil salários-mínimos. 3. No caso, o que se verifica é que, inobstante a sentença prolatada em 3 de junho de 2016 não ter condenado a UFF a valor certo, a depender de liquidação, à causa foi atribuído o valor de R$ 44.000, 00 (quarenta e quatro mil reais) e, em razão da aplicabilidade imediata das novas regras por sua natureza processual aos feitos em curso, forçoso reconhecer que se trata de verdadeira hipótese de dispensa de reexame. 4. Agravo Interno da UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE UFF desprovido. (AgInt no REsp 1705814/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 04/09/2020).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. CPC/2015. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. DISPENSA DA REMESSA NECESSÁRIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. A Corte de origem, ao apreciar a controvérsia assentou que, 'embora no início da lide, efetivamente, pudesse se considerar incerto o montante do bem da vida vindicado, ao tempo da prolação da sentença o proveito econômico obtido com a condenação tornou-se certo e líquido, bastando, apenas, a realização de meros cálculos aritméticos para a aferição do montante devido' (fl. 134), o que tornaria possível afastar o reexame necessário, porque não ultrapassado o limite previsto no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015. 2. A referida conclusão encontra sintonia na jurisprudência firmada pelo STJ, segundo a qual 'a orientação da Súmula 490 do STJ não se aplica às sentenças ilíquidas nos feitos de natureza previdenciária a partir dos novos parâmetros definidos no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015, que dispensa o duplo grau obrigatório as sentenças contra a União e suas autarquias cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja inferior a mil salários mínimos.' (REsp 1.735.097/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 11/10/2019). Ainda, no mesmo sentido: REsp 1.844.937/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/11/2019 e AgInt no REsp 1.852.972/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 1º/7/2020. 3. *Agravo interno não provido." (AgInt no REsp 1864360/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 27/11/2020).*

E, na Colenda Câmara Especial:

Acesso ao Sumário

REEXAME NECESSÁRIO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão voltada a compelir o ente público demandado ao fornecimento de vaga em creche por período integral – Conteúdo econômico da obrigação imposta na sentença absolutamente mensurável por meros cálculos aritméticos – Não caracterizada a hipótese de sentença ilíquida – *Incidência do § 3º do artigo 496 do CPC – Condenação que não alcança o teto máximo para fins de observância ao duplo grau de jurisdição obrigatório diante dos custos daí advenientes extraídos das informações prestadas pelo MEC – Necessária otimização da prestação jurisdicional que conferirá uma melhor racionalização dos recursos humanos e financeiros do Poder Judiciário a permitir significativos avanços qualitativos e de celeridade às irresignações recursais voluntariamente apresentadas pelos interessados – Precedentes do STJ – Reexame obrigatório não conhecido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1008266-37.2021.8.26.0223; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarujá* – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/07/2022; Data de Registro: 22/07/2022*)*

REEXAME NECESSÁRIO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão voltada a compelir o ente público demandado ao fornecimento de vaga em creche por período integral – Conteúdo econômico da obrigação imposta na sentença absolutamente mensurável por meros cálculos aritméticos – Não caracterizada a hipótese de sentença ilíquida – *Incidência do § 3º do artigo 496 do CPC – Condenação que não alcança o teto máximo para fins de observância ao duplo grau de jurisdição obrigatório diante dos custos daí advenientes extraídos das informações prestadas pelo MEC – Necessária otimização da prestação jurisdicional que conferirá uma melhor racionalização dos recursos humanos e financeiros do Poder Judiciário a permitir significativos avanços qualitativos e de celeridade às irresignações recursais voluntariamente apresentadas pelos interessados – Precedentes do STJ – Reexame obrigatório não conhecido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1010407-29.2021.8.26.0223; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarujá* – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/07/2022; Data de Registro: 22/07/2022*)*

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Pretensão à obtenção de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, que deve ser próxima à residência da criança. Inadmissibilidade do recurso oficial. Pedido revestido de liquidez. Exegese do C. Superior Tribunal de Justiça. Conteúdo econômico abaixo do valor estipulado no inciso II, do parágrafo 3º, do artigo 496 do CPC. Interesse processual verificado. Au-

Acesso ao Sumário

sência de decisão de suspensão dos processos que tratam da questão de repercussão geral reconhecida no Agravo de Instrumento nº 761.908/SC (Tema nº 548). Garantia à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade. Direito autoaplicável previsto no artigo 208, IV, da Constituição Federal. Dever da Municipalidade. Direito a vaga em período integral. Ausência de determinação de sequestro de verbas públicas. Redução do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO E APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE, NA PARTE CONHECIDA. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1018495-89.2021.8.26.0309; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jundiaí – Vara do Júri/Exec./Inf. Juv.; Data do Julgamento: 25/07/2022; Data de Registro: 25/07/2022)

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Pretensão à obtenção de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, que deve ser próxima à residência da criança. Garantia à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade. Direito autoaplicável previsto no artigo 208, IV, da Constituição Federal. Pedido revestido de liquidez. Exegese do C. Superior Tribunal de Justiça. Conteúdo econômico abaixo do valor estipulado no inciso II, do parágrafo 3º, do artigo 496 do CPC. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1024441-83.2021.8.26.0554; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santo André – Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 12/07/2022; Data de Registro: 12/07/2022)

Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Vaga em creche – Sentença que julgou procedente a ação – Não cabimento de remessa necessária, pois ausente hipótese de sujeição ao duplo grau de jurisdição – Inteligência do artigo 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil – Não caracterizada sentença ilíquida – Conteúdo econômico que pode ser facilmente aferido por simples cálculo aritmético – Valor anual estimado por aluno na modalidade creche bem inferior ao limite legal estabelecido para a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição – Precedentes do STJ – Recurso de Apelação – Direito à educação – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Súmula 65, TJSP – Concretização do direito pelo fornecimento de vaga em condições de ser usufruída – Limitação à or-

Acesso ao Sumário

dem cronológica de atendimento – Impossibilidade – Planejamento geral do fornecimento de educação pela administração pública não impede a efetivação de direito público subjetivo individual – Reserva do possível afastada – Convívio familiar e acesso à educação infantil, direitos que coexistem harmonicamente – Multa cominatória – Possibilidade – Fixação da sucumbência recursal – Remessa necessária não conhecida e Apelo voluntário não provido, observada a sucumbência recursal fixada. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1009568-93.2021.8.26.0161; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Diadema – Vara do Júri/Exec./Inf. Juv/Idoso; Data do Julgamento: 07/06/2022; Data de Registro: 08/06/2022)

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Preliminar de incompetência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude. Inocorrência. Inteligência dos artigos 148, inciso IV, 208, inciso III, e 209, do ECA. Direito da Criança e do Adolescente. Matrícula e permanência em escola de educação infantil. Direito fundamental resguardado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Pleito de exclusão dos honorários advocatícios. Não acolhimento. Princípio da sucumbência. Verba honorária fixada com base em parâmetros legais. Recurso de apelação da Municipalidade não provido. (TJSP; Apelação Cível 1001353-84.2021.8.26.0596; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Serrana – 2ª Vara; Data do Julgamento: 14/06/2022; Data de Registro: 14/06/2022*)*

REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Direito da Criança e do Adolescente. Pretensão de fornecimento de vaga em escola de educação infantil. Sentença condenatória não sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, porquanto mensurável o seu conteúdo econômico e inferior aos patamares fixados no § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil. Precedentes desta C. Câmara Especial. Remessa necessária não conhecida. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1009857-34.2021.8.26.0223; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarujá – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/07/2022; Data de Registro: 01/07/2022*)*

Ante o exposto, *não conheço* da remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1001370-41.2022.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é recorren-

Acesso ao Sumário

te JUÍZO *EX OFFICIO*. são recorridos H.S.B. (MENOR) e MUNICÍPIO DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.540)**

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, 1º de dezembro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão voltada a compelir o ente público demandado ao fornecimento de vaga em creche em período integral – Conteúdo econômico da obrigação imposta na sentença absolutamente mensurável por meros cálculos aritméticos que, por seu turno, é inferior ao valor de alçada (CPC, art. 496, § 3º) – Hipótese que reclama o não conhecimento do recurso oficial – Jurisprudência consolidada no âmbito desta Colenda Câmara Especial – Reexame necessário não conhecido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer com o objetivo de assegurar à criança **H.S.B.** (nascida em (...)) vaga, por período integral, em creche da rede pública ou particular, próxima à residência da família.

Por julgar assistir razão à criança autora, o M. Juiz condenou a pessoa política a proceder à matrícula da criança em estabelecimento de ensino de educação infantil por período integral, em distância não superior a dois quilômetros à residência, até completar idade de acesso ao ensino fundamental, cominada multa diária de R$ 250,00 para a hipótese de descumprimento, limitada a R$ 25.000,00. Houve inflição de honorários advocatícios sucumbenciais no valor de R$ 350,00 (fls. 49/53).

Não houve interposição de recurso voluntário, subindo os autos a este

Acesso ao Sumário

Egrégio Tribunal para reexame necessário.

Sem oposição ao julgamento virtual.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 68/71).

É o relatório.

É hipótese de não conhecimento do reexame necessário, pois consoante preconizado nos incisos II e III do § 1º do artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015, não haverá reexame necessário da sentença *"quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: II – 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados"* ou *"III – 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público."*

Observa-se que em prestígio aos princípios da eficiência e da celeridade, o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015, elevou o valor de alçada para a dispensa do duplo grau de jurisdição obrigatório conferindo-lhe aplicabilidade somente às demandas em que o valor econômico em jogo puder efetivamente impactar o erário público.

Nesse desiderato, ainda quando da vigência da legislação processual anterior (CPC/73), o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado nº 490 em sua Súmula de Jurisprudência que assim dispõe, a saber: *"dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas"* que, em essência, visa a concretizar o duplo grau de jurisdição obrigatório às hipóteses de sentenças ilíquidas.

Todavia, como a iliquidez não se confunde com incerteza do conteúdo patrimonial controvertido, a liquidez não é sinônimo de valor certo, de modo que é possível mensurar o conteúdo econômico de algumas sentenças condenatórias aparentemente ilíquidas, de sorte a permitir a análise da dispensa, ou não, do reexame necessário, inclusive nas hipóteses em que devidas prestações periódicas e de forma contínua.

Acesso ao Sumário

Assim, não conheço do reexame necessário, porque de acordo com o Anexo I da Portaria Interministerial do MEC/ME n. 4, de 18 de agosto de 2022, que estabelece parâmetros referenciais anuais do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb para o exercício de 2022, o valor anual estimado por aluno de creche integral para o Estado de São Paulo é R$ 7.459,20, com igual valor para a pré-escola integral. Para creche em período parcial, o mesmo documento estima valor anual na ordem de R$ 6.885,41; para a pré-escola em regime parcial, R$

6.311,63[1] e, portanto, o conteúdo econômico da sentença – absolutamente aferível à luz do caso concreto –, é inferior aos patamares estipulados pelos incisos II e III do § 3º do artigo 496 do CPC.

Sobre o tema, destaco o seguinte precedente do STJ, a saber:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. CPC/2015. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. DISPENSA DA REMESSA NECESSÁRIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. ***A Corte de origem, ao apreciar a controvérsia assentou que, 'embora no início da lide, efetivamente, pudesse se considerar incerto o montante do bem da vida vindicado, ao tempo da prolação da sentença o proveito econômico obtido com a condenação tornou-se certo e líquido, bastando, apenas, a realização de meros cálculos aritméticos para a aferição do montante devido' (fl. 134), o que tornaria possível afastar o reexame necessário, porque não ultrapassado o limite previsto no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015****. 2. A referida conclusão encontra sintonia na jurisprudência firmada pelo STJ, segundo a qual 'a orientação da Súmula 490 do STJ não se aplica às sentenças ilíquidas nos feitos de natureza previdenciária a partir dos novos parâmetros definidos no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015, que dispensa o duplo grau obrigatório as sentenças contra a União e suas autarquias cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja inferior a mil salários mínimos.' (REsp 1.735.097/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 11/10/2019). Ainda, no mesmo sentido: REsp 1.844.937/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/11/2019 e AgInt no REsp 1.852.972/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe* 1º/7/2020. 3. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp 1864360/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 27/11/2020). (g.n)

Essa é jurisprudência consolidada no âmbito desta Colenda Câmara Especial, como se extrai exemplificativamente de alguns de seus mais recentes julgamentos a seguir transcritos: AC n. 1005455-06.2022.8.26.0309, j. 05.10.2022 que fui relator; AC n. 1010931-86.2022.8.26.0224, j. 28.09.2022, Rel. Sulaiman Miguel, RN n. 1012877-33.2021.8.26.0223, j. 07.10.2022, Rel. Francisco Bruno, AC n. 1000594-17.2022.8.26.0037, j. 30.09.2022, Relª. Silvia Sterman, AC n. 1002265-83.2022.8.26.0099, j. 29.08.2022, Rel. Guilherme Gonçalves Strenger.

Considera-se prequestionada toda a matéria veiculada no recurso, para fins de eventual acesso às instâncias superiores.

Com isto, **não conheço do reexame necessário**.

1 Disponível em (endereço eletrônico constante do texto original)

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1001388-36.2019.8.26.0201/50000, da Comarca de Garça, em que é agravante CCG EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é agravada ANA CAROLINA PEREIRA ARAUJO.

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 79.835)**

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, 3 de novembro de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento do negócio (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Percentual fixado dentro dos limites jurisprudenciais. Ausência de sucumbência. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Ccg Empreendimentos

Imobiliários Ltda. contra decisão que, em demanda de rescisão contratual cumulada com devolução de quantias pagas, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a inaplicabilidade do tema 0577, porque o reclamo busca a majoração do percentual de retenção dos valores pagos, em consonância com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça. Assinala que a decisão monocrática, ao denegar seguimento ao Recurso Especial, teria ingressado na análise do mérito recursal, de competência exclusiva da E. Corte Superior.

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 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 328/330.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 253/265) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela retenção de 20% dos valores pagos, para compensar as despesas operacionais da vendedora.

Acesso ao Sumário

Destaca-se trecho do V. Acórdão: *"Nessa hipótese, é cabível a retenção de parte dos valores pagos, mas em percentual razoável, em consonância com o artigo 413 do Código Civil. Quanto a essa matéria, as conclusões a que se chega são exatamente as mesmas expostas na sentença; ressaltando-se que a fixação da retenção em 20% é admitida como razoável pela jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo nos casos em que a rescisão contratual tenha sido promovida pelo compromissário comprador"* (fls. 260).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, sem qualquer usurpação de competência da E. Corte Superior.

De resto, em relação ao percentual de retenção, como bem indicou a decisão recorrida, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o alienante pode reter entre 10% e 25% dos valores pagos, de modo que apenas condenações em percentuais diversos permitem a admissão do Recurso Especial, o que não ocorreu na hipótese.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0004138-67.2018.8.26.0361/50002, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são agravantes JESSICA CAROLINE RIBEIRO MATTEI e LUCAS SOARES DO NASCIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos agravos internos, devendo a Secretaria, oportunamente, encaminhar os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, diante do agravo de fls. 815/820. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.465)**

Acesso ao Sumário

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, 4 de novembro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. DECISÕES MONOCRÁTICAS QUE NEGARAM SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E, EM PARTE, AO RECURSO ESPECIAL.

RECURSO COM MATÉRIA RELATIVA À REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. NÃO PROVIMENTO.

1. 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. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito (Tema 280/STF).

3. Agravos internos não providos, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravos internos interpostos contra as r. decisões da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 800/801 e 802/807) que, com fundamento no Tema 280 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negaram seguimento 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 e ao recurso especial, com base nos artigos 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal, este último em parte, tendo sido, no mais, não admitido.

Sustenta a Defesa, em síntese, a incorreta aplicação do mencionado precedente ao caso concreto, uma vez que não havia contexto fático antecedente a justificar o ingresso no domicílio sem mandado judicial. Ressalta, ademais, que o recurso especial não poderia ter sido obstado por tema do Excelso Pretório, uma vez que a competência para seu julgamento é do Superior Tribunal de Justiça. Pretende, assim, a reforma das decisões monocráticas para que seus reclamos constitucionais sejam conhecidos e providos (fls. 821/826 e 827/830).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 833/836 e 838/841.

Registro, ainda, que remetido o feito eletronicamente ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, em cumprimento ao item 1 do r. despacho de fls. 758, foi naquele Sodalício cadastrado como AREsp nº 1.811.451/SP, havendo decisão monocrática, de relatoria do Ministro Humberto Martins, determinando o retorno dos autos a este Tribunal para julgamento dos presentes agravos internos (fls. 866).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Compulsados os autos, verifico que a Defesa constituída, intimada a se manifestar acerca dos reclamos interpostos, quedou-se inerte (fls. 13 do incidente 50002). Considerando, contudo, a decisão exarada pela Corte Superior às fls. 866, conheço dos presentes agravos internos, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Houve a interposição de recursos especial e extraordinário pela Defesa às fls. 736/744 e 746/769.

Ponderando a explanação defensiva trazida à baila nos agravos, constato que, quando da análise do juízo de prelibação dos reclamos, verificou-se a necessária aplicação do rito da sistemática de repercussão geral, em cumprimento à expressa previsão legal (artigo 1.030, I, "a" e "b", do Código de Processo Civil – fls. 800/801 e 802/807), e não vislumbro, agora, argumentos suficientes a demonstrar a existência de distinção ou outra peculiaridade capaz de afastar a incidência do Tema 280 ao caso concreto.

Nessa linha, observados o teor dos recursos especial e extraordinário e do v. acórdão, em especial às fls. 712/720, restou demonstrado ter havido a pontuação de elementos concretos considerados como justificadores do ingresso no domicílio, indicando, assim, a correção da incidência do precedente vinculante oriundo do julgamento, pelo Pretório Excelso, do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO (Tema 280), em que, por maioria, reconheceu-se a repercussão geral e fixou-se 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, cumpre salientar que os temas fixados em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal têm plena aplicação na análise dos recursos especiais, como bem demonstra julgamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça[1]:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. MINORANTE INDEVIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do mo-

1 AgRg no AREsp 1.895.004/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 15/02/22, DJe 24/02/22.

Acesso ao Sumário

rador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, neste STJ: REsp n. 1.574.681/RS.

3. Presentes as fundadas razões que sinalizavam a ocorrência de crime é regular o ingresso da polícia no domicílio do réu, sem autorização judicial e sem o consentimento do morador. Havia elementos objetivos e racionais que justificaram o ingresso no referido local, motivo pelo qual são lícitos todos os elementos de informação obtidos por meio dessa medida, bem como todos os que deles decorreram.

4. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

5. As instâncias de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

6. Agravo regimental não provido.

Verifico, assim, que o paradigma da Corte Suprema ajusta-se perfeitamente à hipótese dos autos e que as decisões impugnadas pautaram-se pelas circunstâncias aduzidas nos recursos especial e extraordinário, sendo, portanto, precisa e individualizada, de forma que a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada é de rigor.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos internos, devendo a Secretaria, oportunamente, encaminhar os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, diante do agravo de fls. 815/820.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

1523430-89.2019.8.26.0114/50005, da Comarca de Campinas, sendo agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS e agravada UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

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 42.283)**

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, 9 de novembro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário

– A matéria referente à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, bem como a extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, é idêntica à examinada pela Suprema Corte no *leading case* TEMA 660 – ARE n. 748.371/MT, no qual se assentou a natureza infraconstitucional da questão.

– A questão sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, é idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos TEMA 339 – AI n. 791.292/PE.

Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 1/14 do Incidente) contra decisão que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "a" c.c. art. 1035, § 8º, do Código

de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do ARE n. 748.371/MT e do AI n. 791.292/PE.

Alegou o agravante, em síntese, equivocada aplicação dos paradigmas. Aduziu que deixaram de ser analisadas questões essenciais ao deslinde da presente ação, afrontando o artigo 93, IX da CF. Diz ter ocorrido violação ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

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 a decisão da Turma Julgadora converge com o decidido no AI nº 791.292/PE (Tema nº 339/STF), DJe de 13.08.2010, e ARE 748.371, DJe de 01.08.2013, (Tema nº 660/STF) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixou a seguinte tese: *O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, e observa-se, ainda que, em decisão exarada no ARE 748.371, de 07.06.2013, publicada no DJe de 01.08.2013, Tema nº 660/STF, o Col Supremo Tribunal Federal considerou inexistente a repercussão geral em caso análogo a este.*

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao AI n. 791.292/PE e ARE 748.371, sob a técnica de casos seriais, haja vista a questão referente à obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal – Tema 339/STF e a inexistência de repercussão geral – Tema nº 660/STF.

Constata-se que, em razão da ausência de repercussão geral, a decisão da Eg. Turma Julgadora é soberana, conforme entendimento da Suprema Corte, razão pela qual ao recurso foi negado seguimento, a teor do artigo 1.030, inciso I, alínea 'a', c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil e, portanto, nesta sede, não há o que se se modificar.

Consigne-se, por oportuna, reprodução de trechos do V. Acórdão, convergentes à tese aplicada – *verbis*:

> Examinando, em primeiro lugar a alegação de omissão, não há como ignorar o quão afastados da boa-fé processual estão os argumentos expendidos.
>
> Pois, ao examinar os primeiros embargos declaratórios opostos, a Turma Julgadora cuidou de corrigir a súmula de julgamento e de suprir a omissão quanto ao entendimento divergente. No acórdão de fls. 12/20 fica absolutamente claro que o entendimento da maioria posicionou-se pela manutenção integral da respeitável sentença, inclusive no tocante aos

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios. Esse é o resultado do julgamento.

Logo, não há que se falar em ausência do voto vencedor. Por óbvio, o voto vencedor é o que conduziu o acórdão de fls. 388/400 dos autos da apelação, negando provimento aos recursos voluntário e oficial, e posteriormente aclarado em sede de embargos declaratórios.

Tampouco há ausência do entendimento divergente, pois este foi devidamente acrescentado ao acórdão quando do julgamento dos primeiros embargos.

Ou seja, tanto o entendimento esposado pela maioria quanto o entendimento vencido do relator sorteado constam claramente do acórdão de fls. 12/20. É o que a simples leitura da decisão nos permite concluir.

Primeiramente, foi reiterado o entendimento vencedor:

"Devem realmente ser acolhidos os embargos de declaração opostos pela Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico, pois, além da omissão quanto ao entendimento divergente deste relator, constata-se erro material na súmula de julgamento tira e folha de rosto (fls. 386/389 dos autos principais). Ambos os vícios devem ser sanados no âmbito destes declaratórios, sem que disso decorra qualquer modificação do conteúdo decisório.

(...).

De fato, diferentemente do registrado na folha de rosto (fls. 388/389) e na própria tira de julgamento (fls. 386/387), esta Corte houve por bem negar provimento tanto ao recurso oficial e quanto ao voluntário do Município de Campinas, por entender que a sentença corretamente afastou a cobrança tributária, ante a existência de coisa julgada a impedir a exigência do Município, e também por considerar razoável a verba advocatícia fixada em primeiro grau.

Quanto ao afastamento da cobrança tributária, a decisão foi unânime, em conformidade com o voto deste relator sorteado, dispensando a adoção do julgamento estendido previsto no art. 942, § 1º do CPC.

Apenas quanto aos honorários fixados em sentença, no âmbito apenas do reexame necessário, é que houve divergência, reclamando a adoção do julgamento estendido. No final, os honorários arbitrados pelo Juízo a quo foram mantidos por maioria de votos e, nesse tocante, o relator ficou vencido, fato que deveria constar do voto condutor."

Em seguida, o acórdão registrou o entendimento divergente que restou vencido:

"Daí a necessidade de acolher os presentes embargos, para o fim de apresentar o entendimento divergente do relator sorteado, retificando, ainda, mencionado erro material constante da súmula de julgamento.

É o que passo a fazer.

Para se defender da presente execução, a entidade executada ofereceu exceção de pré-executividade, por meio da qual arguiu, entre outras ma-

Acesso ao Sumário

térias, a ofensa à coisa julgada. Ao fim e ao cabo, como já explicado, tal alegação restou acolhida por unanimidade, confirmando-se a respeitável sentença que acolheu a exceção de pré-executividade e extinguiu o feito.

Em relação ao valor fixado a título de honorários advocatícios devidos à patrona da pessoa jurídica executada, a Turma Julgadora, por maioria, entendeu que houve acerto pelo Juízo sentenciante quando arbitrou em 3% do valor da causa a verba honorária devida pela parte sucumbente, nos termos do art. 85, § 3º, III e § 4º, III do NCPC.

Fiquei vencido, nesse tocante, pelas razões abaixo indicadas.

Tratando-se de execução fiscal que, à época do ajuizamento, tinha por objeto um crédito de R$ 36.707.258,29, fica claro que o valor resultante de tal arbitramento não se conforma à complexidade da causa.

ao tratar da verba honorária sucumbencial a ser fixada pelo julgador, permite o arbitramento por equidade nas hipóteses em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório, ou quando o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º, NCPC). Ou seja, nessas situações a sentença pode estipular honorários em termos absolutos e fora dos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo § 3º daquele artigo.

O diploma, é verdade, nada dispõe sobre os casos em que, mesmo aplicando-se o percentual mínimo, a verba se mostre demasiadamente elevada. Mas tal silêncio não deve ser interpretado como uma proibição de que o Poder Jurisdicional proceda à fixação equitativa nessas hipóteses. Pelo contrário: se o novo código prevê o arbitramento equitativo de honorários a fim de que estes não sejam irrisórios, não há razão para não se empregar o mesmo critério com vistas a impedir que se tornem excessivos. Para esse fim, há de se aplicar, por analogia, a norma do citado artigo 85, § 8º, com o objetivo de prestar obediência aos princípios gerais do direito aplicáveis ao caso.

Ora, ao dispor sobre a aplicação e a interpretação da lei, o mesmo diploma processual reza o seguinte, em seu artigo 8º, in verbis: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Não há dúvidas, pois, de que, nas excepcionais situações em que o valor em disputa é muito elevado como é o caso destes autos (R$ 36.707.258,29 quando do ajuizamento da demanda fls. 02 dos autos principais), a aplicação indiscriminada e irrefletida do artigo 85, § 3º, do CPC/15, implicaria flagrante desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao princípio geral do direito segundo o qual é defeso o enriquecimento sem causa. Afinal, as normas estabelecidas no referido artigo 85 buscam conferir aos procuradores da parte vencedora uma remuneração que se coadune com a complexidade da causa que patrocinam. Tais normas não devem, por óbvio, servir ao

Acesso ao Sumário

enriquecimento injustificado e qualquer interpretação que acarrete uma remuneração incompatível com a natureza da causa vai de encontro à ratio essendi daqueles comandos legais.

Examinando-se o caso concreto, mesmo se fosse aplicado em patamares mínimos o escalonamento previsto nos incisos I a III do § 3º do mencionado artigo 85 do NCPC, ainda assim a verba arbitrada importaria em montante elevadíssimo se comparado com a pequena complexidade da demanda.

Como explicado acima, os honorários fixados nesses termos alcançariam valor mínimo que, obviamente, não se compatibiliza com a singeleza da causa, uma vez que não houve a prática de muitos atos processuais, nem a necessidade de realização de audiências ou outros atos instrutórios, e considerando, ainda, o fato de a mesma não ter exigido muito tempo dos causídicos.

De fato, os honorários fixados nesses termos alcançariam valor mínimo aproximado, e sem atualização, de R$ 1.101.217,00 remuneração que certamente não se compatibiliza com a singeleza da causa, uma vez que não houve a prática de muitos atos processuais, nem a necessidade de realização de audiências ou outros atos instrutórios, e considerando, ainda, o fato de a mesma não ter exigido muito tempo dos causídicos.

Por essa razão, tratando-se de uma situação excepcional em que a aplicação da regra geral redundaria na exorbitância dos honorários estipulados, aplica-se aqui, por analogia, o disposto no artigo 85, § 8º do NCPC.

Por outro lado, a fixação do quantum devido há de tomar em conta "I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço." (art. 85, § 2º, do NCPC).

Diante disso, em atenção aos critérios legais estabelecidos para o arbitramento de honorários sucumbenciais, é forçoso concluir que o arbitramento de honorários em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), mostra-se mais apto a remunerar condignamente o(s) patrono(s) do Município-embargado, pela vitória obtida com sua defesa.

Para esse fim, embora vencido em parte, é que entendi pelo parcial provimento do recurso oficial.

(...).".

Não há, portanto, qualquer violação aos ditames da legislação processual ou do RITJSP.

E, como se vê, os pontos em relação aos quais o Município embargante afirma ter havido omissão, bem ao contrário, foram expressa e detidamente enfrentados por este Tribunal.

Além disso, a partir desses excertos, fica claro também não existir a contradição afirmada pelo ente público.

Pois os pequenos vícios e omissões do acórdão que julgou a apelação

Acesso ao Sumário

foram corrigidas pelo acórdão de fls. 12/20, inclusive para apresentar o voto vencido. Logo, o entendimento vencido é o expresso neste último julgado, inexistindo contradição entre ele e o que foi expresso na decisão já corrigida. (Fls. 582/587).

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Suprema Corte.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa da qual se ocupa o art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência de recursos contra as decisões que inadmitiram o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, cuja competência para apreciação é das Cortes Superiores (fls. 655/668 e 671/684).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1501636-57.2019.8.26.0196/50001, da Comarca de Franca, em que é agravante A.L.P.V.B.

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. 494. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.480)**

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, 8 de novembro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, EM PAR-

Acesso ao Sumário

TE, AO RECURSO ESPECIAL.

RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO.

HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Interpretação de que não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito (Tema 150/STF).

3. Agravo interno não provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 462/463) que, com fundamento no Tema 150 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.

Alega a Defesa, em síntese, ser inidônea a fundamentação da decisão profligada, uma vez que sem correspondência com o teor o apelo extremo, salientando que o precedente vinculante aplicado não sustentou a perpetuidade dos efeitos penais da condenação. Pugna, assim, pela admissão, nesse aspecto, de seu recurso especial (fls. 473/479).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 482/486

Registro, ademais, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 494, para a remessa dos autos, oportunamente, ao Superior Tribunal de Justiça, diante do agravo de fls. 469/472.

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 especial pela Defesa às fls. 423/438, pugnando, entre outras teses, pelo afastamento dos maus antecedentes (fls. 430/433).

Sucede que, quando do juízo de prelibação do apelo extremo, observou-se que a mencionada matéria debatida já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, sendo sua aplicação necessária conforme previsão legal (artigo 1030, I, "b", do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de

Processo Penal – fls. 462/463) e não vislumbro em seu agravo interno argumentos capazes de demonstrar a existência de distinção ou de qualquer outra peculiaridade para afastar a referida aplicação do Tema 150 do STF ao caso concreto.

Nessa linha, o acórdão de fls. 398/415 expressamente consignou:

[...]

Anote-se, que, ao contrário do que sustenta a defesa, não há como afastar a elevação da basilar operada, sob o fundamento de que a condenação utilizada pelo MM. Juiz a quo para efeitos de circunstância judicial desfavorável teria sido alcançada pelo período depurador de 05 (cinco) anos.

A questão, inclusive, foi definitivamente decidida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos do RE nº 593.818/SC, em sede de repercussão geral, oportunidade em que o Pretório Excelso firmou a seguinte tese: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

[...]

Verifico, portanto, pelo excerto transcrito, a conformidade do aresto com a interpretação fixada pelo Pretório Excelso, que, por maioria, apreciando o Tema nº 150 da repercussão geral, em julgamento virtual finalizado em 17 de agosto de 2020, deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário nº 593.818/SC, nos termos do voto do Relator, para fixar a seguinte tese: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

Esclareço, de outro lado, que a incidência imediata do precedente, mesmo sem a ocorrência de seu trânsito em julgado, foi devidamente justificada no *decisum* profligado, amparada por decisões da própria Corte Suprema, que transcrevo:

EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 543-B DO CPC E 328 RISTF). POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PARADIGMA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO 01.10.2010. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. Adequada à espécie, merece manutenção a sistemática da repercussão geral aplicada (arts. 543-B do CPC e 328 do RISTF). Agravo regimental conhecido e não provido[1].

Ementa: Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede

1 ARE nº 673.256 AgR/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, j. 08/10/23, p. 22/10/23.

Acesso ao Sumário

de repercussão geral. Formação, no caso, de precedente. Publicação do respectivo acórdão. Possibilidade de imediato julgamento monocrático de causas que versem o mesmo tema. Desnecessidade, para esse efeito, do trânsito em julgado do paradigma de confronto ("leading case"). Aplicabilidade à espécie do art. 1.040, inciso I, do CPC/2015. Precedentes do STF e do STJ. Doutrina[2].

EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. RE 870.947-RG. OMISSÃO VERIFICADA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO IMEDIATA AO RECURSOS QUE VERSAM SOBRA A MESMA MATÉRIA. PRECEDENTES. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. DECLARATÓRIOS MANEJADOS SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. Detectada omissão, de rigor a integração do julgado. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do RE 870.947-RG, Tema 810 da sistemática da Repercussão Geral. 2. A existência de precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema. Precedentes. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos[3].

Resta demonstrado, assim, que a aplicação da sistemática dos precedentes ao caso se deu nos exatos limites da orientação do Pretório Excelso, sendo de rigor sua manutenção.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 494.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 3008208-87.2021.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante ESTADO DE SÃO PAULO e agravado G.P.P. e OUTROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do rela-

2 Tutela Provisória na Rcl nº 30.996, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 09/08/18, p. 14/08/18.

3 RE nº 1.210.945 AgR-ED, Rel. Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, j. 06/03/20, p. 20/06/20.

tor, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.465)**

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, 17 de novembro 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 incidência de novo limite estabelecido em norma local como teto para expedição de requisição de pequeno valor em ações já transitadas em julgado é matéria idêntica à examinada pela Suprema Corte no Tema 792/STF – RE n. 729.107/DF.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 1/5 do Incidente 50001) contra decisão que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, b do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 729.107/DF.

Alegou a agravante, em síntese, que a Lei Estatual 17.205/19 teria aplicabilidade imediata a partir da publicação oficial e que para fins de pagamento de prioridade, o valor a ser observado deve ser o da data do pagamento dessa preferência, e não aquele vigente por ocasião do trânsito em julgado do título. Aduziu, ainda, que o valor requisitado está desconforme aos parâmetros legais para requisição de pequeno valor no Estado de São Paulo, por ter extrapolado o limite de 440,214851 UFESPs, razão pela qual inaplicável ao caso concreto o Tema 792/STF.

É o relatório.

Com efeito, em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada aplicando a seguinte tese correspondente ao Tema 792/STF – *verbis*:

Acesso ao Sumário

> 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.

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos seriais, razão pela qual ao recurso extraordinário foi negado seguimento, a teor do art. 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Consigne-se, por oportuna, reprodução de trechos do V. Acórdão da Turma Julgadora convergente à aplicação da tese na sistemática dos repetitivos *verbis*:

> No caso presente o título executivo está fundado em decisão judicial transitada em julgado antes da edição da norma.
>
> (...)
>
> A Lei Ordinária não poderá retroagir para atingir situações já perfeccionadas sob a égide do ordenamento anterior sob pena não somente de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. (Fls. 37/38).

Como se vê, a redação da tese fixada pela Suprema Corte é abrangente suficiente, inclusive quanto ao pagamento de prioridade, na medida em que a questão possui natureza material e processual, sendo inaplicável à situação jurídica constituída em data pretérita.

Nesta esteira, o limite para o pagamento de crédito prioritário, por simetria, também deve obedecer ao limite existente na data do trânsito em julgado.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1000807-77.2019.8.26.0441/50001, da Comarca de Peruíbe, sendo agravante W.L.V. e agravado Município de Peruíbe.

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 42.167)**

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, 17 de novembro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.

IPTU – Comprovação – Ciência Lançamento – CDA – A matéria referente à remessa do carnê de pagamento do IPTU ao endereço do contribuinte é idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.111.124/PR.

Nega-se provimento ao recurso

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.042 do Código de Processo Civil (fls. 163/169) 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. 1.111.124/PR.

Alegou o agravante, em síntese, que o recurso especial apresentado conteria todos os requisitos necessários para sua admissibilidade, bem como que o v. acórdão recorrido não estaria em harmonia o paradigma aplicado, pois não teria recebido os carnês para pagamento do tributo.

É o relatório.

Recebe-se o recurso interposto como agravo interno nos termos do art. 1.030, § 2º do Código de Processo Civil.

O recurso não merece conhecimento.

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 1.111.124/PR (Tema 116/STJ), DJe de 04.02.2009, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a se-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

guinte tese: *que reconheceu a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU, ser ato suficiente para a notificação do lançamento tributário.*

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao REsp. n. 1.645.333/SP, sob a técnica de casos seriais, haja vista a questão abordada referente a remessa do carnê de pagamento do IPTU ao endereço do contribuinte, ser ato suficiente para a notificação do lançamento tributário.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

> Necessário não é que a certidão de dívida ativa venha acompanhada de prova da notificação dos lançamentos tributários, até porque ela goza da presunção referida no anterior parágrafo. O contribuinte é quem tem de provar a falta da dita notificação.
>
> (...)
>
> Frise-se que o encaminhamento dos talonários destinados ao pagamento do tributo é o quanto basta para se considerar realizada a notificação do contribuinte, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: (fls. 122).

Dessa forma, impertinente para fins de análise da adequada subsunção do acórdão à tese repetitiva perquirir-se sobre o correto dimensionamento feito pela Turma Julgadora, seja porque extrapolaria o espectro deste recurso, seja porque extrapolaria o âmbito de análise reservado à aplicação de temas julgados pelos Tribunais Superiores, seja sobretudo porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matéria fática, que não se coaduna com o recurso especial conforme preceituado na Súmula 7 da Corte Superior.

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0005798-58.2013.8.26.0495/50000, da Comarca de Registro, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, são agravados GIZELE REGINA SALES LEMOS (JUSTIÇA GRATUITA), IRENE DE

MORAIS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e JORGE LUSTOSA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 79.990)**

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, 23 de novembro de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO HABITACIONAL. Falta de comprovação de vinculação à apólice pública. Competência da Justiça Estadual. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Recurso Extraordinário nº 827.996/PR (tema 1011). Precedentes da E. Corte Superior. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Sul América Companhia Nacional de Seguros contra decisão que, em demanda ordinária de indenização securitária, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 827.996/PR. Alega a comprovação da vinculação do contrato da agravada Gizele Regina ao ramo público e, consequentemente, da cobertura pelo FCVS, de modo que a competência para julgamento do feito é da Justiça Federal. Assinala que o E. STF reconheceu a necessidade de ingresso da CEF e a competência da Justiça Federal para todos os casos em que não existia sentença de mérito prolatada em 26.11.2010. Aduz, ainda que a manifestação da CEF pode ser espontânea ou provocada por quaisquer das partes, sendo que a referida Instituição Financeira tem interesse nas causas de matéria securitária no âmbito do SH/SFH.

Acesso ao Sumário

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos 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.

Cabe esclarecer, antes de avançar na análise do presente reclamo, que o E. Superior Tribunal de Justiça passou a devolver inúmeros processos a este Tribunal, para que os Recursos Especiais que tratassem da questão *sub judice* fossem submetidos ao entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 827.996/PR, afetado sob a sistemática da repercussão geral no tema 1011 do E. Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 1.039 e 1.040 do CPC.

Nesse sentido: AgInt no AREsp nº 1.408.072/SP, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 18.2.2020; AREsp nº 1.654.791/SP, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 23.4.2020; REsp nº 1.869.839/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 17.4.2020; REsp nº 1.863.029/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 27.3.2020; REsp nº 1.859.162/SP, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 26.2.2020; REsp nº 1.812.849/SP, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 20.2.2020; REsp nº 1.858.880/SP, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 20.2.2020; REsp nº 1.854.026/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 18.2.2020; REsp nº 1.854.642/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 18.2.2020; e AgInt no REsp nº 1.823.176/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 4.2.2020.

Esclarecido este ponto, registro que a E. Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 827.996/PR, sob a sistemática da repercussão geral, julgou a questão nos seguintes termos: *"1) Considerando que, a partir da MP 513/2010 (que originou a Lei 12.409/2011 e suas alterações posteriores, MP 633/2013 e Lei 13.000/2014), a CEF passou a ser administradora do FCVS, é aplicável o art. 1º da MP 513/2010 aos processos em trâmite na data de sua*

Acesso ao Sumário

entrada em vigor (26.11.2010): (...) é da Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento das causas em que se discute contrato de seguro vinculado à apólice pública, na qual a CEF atue em defesa do FCVS*, devendo haver o deslocamento do feito para aquele ramo judiciário a partir do momento em que a referida empresa pública federal ou a União, de forma espontânea ou provocada, indique o interesse em intervir na causa, observado o § 4º do art. 64 do CPC e/ou o § 4º do art. 1ºA da Lei 12.409/2011"* (g.n.). Confira-se a fls. 1139/1141.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 954/972) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela competência da Justiça Estadual.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Com efeito, o contrato de financiamento por ela firmado, data de **12.05.2010** (fls. 67/71 e 565). Desta feita e, considerando o pronunciamento expresso da Caixa Econômica Federal no sentido de que a apólice do seguro habitacional que é acessória ao financiamento tem natureza privada (fls. 534, primeiro parágrafo), não há dúvida sobre o descabimento da intervenção da Caixa Econômica Federal na lide, bem como da competência desta Justiça Estadual para julgamento da causa."* (fls. 861).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0019935-71.2017.8.26.0344/50002, da Comarca de Marília, em que é agravante A.J.G., é agravado M.P. DO E.S.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 agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 793. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.087)**

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, 8 de dezembro de 2022.

Acesso ao Sumário

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO (Tema 339/STF).

RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (Tema 660/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).

2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660/STF).

3. Agravo interno não provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 700/702) que, em parte, com fundamento nos Temas 339 e 660, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

Repisando as teses aventadas no recurso extraordinário, sustenta a Defesa, em síntese, que restou demonstrada a ofensa direta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF), em decorrência da nulidade do laudo psicológico, bem como ao princípio da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), em razão do v. acórdão ter desprezado todas as provas que mostrariam a inocência do ora agravante. Consigna, ainda, que é o Supremo Tribunal Federal o competente para a análise

Acesso ao Sumário

do apelo extremo, pugnando, assim, pelo provimento do agravo, com o seguimento daquela insurgência (fls. 739/752).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 783/791.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 793, para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendos Tribunais Superiores, competentes para a apreciação dos agravos de fls. 705/721 e 723/737.

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 às fls. 359/414, apontando, entre outras teses, violação aos artigos 5º, LIV e LV, e 93, IX, ambos da Constituição Federal.

Sucede que, quando do juízo de prelibação da insurgência, constatou-se que tais questões constitucionais indicadas no apelo extremo já haviam sido submetidas ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua observância era necessária, em obediência à expressa previsão legal (artigos 1.030, I, "a", da Lei Adjetiva Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 700/702), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação dos Temas 339 e 660 da Corte Suprema ao caso concreto.

Nessa linha, anoto que a questão trazida à baila no apelo extremo, relativa à ausência de fundamentação quanto às provas apresentadas nos autos (fls. 390/412), foi, de algum modo, tratada nos arestos às fls. 348/351 e 660/662.

Assim, considerando a indicação expressa de violação ao artigo 93, IX, da Constituição Federal no apelo extremo e o teor dos v. acórdãos, escorreita a incidência do decidido pela Corte Suprema, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339), no sentido de exigir que o acórdão ou a 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, anotando-se que a discordância com o teor da argumentação utilizada não se confunde com completa ausência de motivação.

De outra banda, adequada, também, a aplicação do Tema 660 do Excelso Pretório, observando que no apelo extremo houve expressa alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, com a indicação de nulidade da prova colhida (fls. 384/390), matéria essa que demandava a análise de normas infraconstitucionais, tanto assim que também foi debatida no recurso especial, com a indicação de dispositivos de lei federal violados (fls. 480/537).

Bem por isso, a decisão vergastada está em conformidade com o enten-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

dimento do Pretório Excelso que, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (Tema 660), assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Destaco, outrossim, que, nos termos dos arts. 1.029 a 1.035, do Código de Processo Civil, cabe a esta Egrégia Corte somente a análise da admissibilidade dos apelos extremos.

Assim, uma vez decidida a matéria em sede de repercussão geral pela Suprema Corte (arts. 1.036 e 1.041, do CPC), compete ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso extraordinário perante o referido Sodalício.

Ao realizar essa atividade, esta Colenda Corte efetuou, de forma fundamentada, o cotejo entre os fatos provados, as teses trazidas em recurso extraordinário e a norma jurídica haurida da decisão oriunda do STF, não havendo, assim, qualquer irregularidade a ser sanada.

Nesse passo, destaco elucidativo trecho da r. decisão do E. Min. Luiz Fux[1]:

> *(...) a Constituição Federal, ao estabelecer de modo taxativo a competência deste Supremo Tribunal Federal, não prevê a realização de juízo de admissibilidade "definitivo" de Recurso Extraordinário por parte desta Corte, não havendo substrato lógico ou jurídico que ampare a usurpação de competência apontada pelos reclamantes, já que compete aos próprios Tribunais de origem a análise da admissibilidade dos apelos extremos, inclusive mediante aplicação de precedentes firmados em repercussão geral. 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*

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

Acesso ao Sumário

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;" Por isso, não há como afirmar que a decisão que aplica o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral usurpa sua competência. Assim, a correta aplicação de tais precedentes não é passível de revisão por esta Corte, por lhe falecer competência para tanto. Compete tal exame ao próprio Tribunal de origem, por meio da interposição de agravo interno (...)".

Portanto, resta demonstrado que o *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no apelo extremo defensivo e pelos termos dos arestos, os quais foram adequadamente ponderados com os precedentes qualificados do Pretório Excelso.

Dessa forma, os paradigmas da Corte Suprema ajustam-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 Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 793.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011570-88.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JANDIRA MENDES DE SOUZA SANCHETTA, JOAREZ DE SOUZA, JOSÉ APARECIDO DE SOUZA e GILMA MENDES DE SOUZA, é apelado 16º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.826)**

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, 26 de outubro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – PRETENSÃO DE REGISTRO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO – INCONGRUÊNCIA ENTRE O TÍTULO E O ASSENTO IMOBILIÁRIO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **JANDIRA MENDES DE SOUZA SANCHETTA e outros** contra a r. Sentença (fls. 93/98) que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 16º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, mantendo-se os óbices registrários.

A Nota de Exigência (fls. 19/20) indicou como motivos de recusa do ingresso do título:

"1. Da escritura que deu origem a transcrição n.º 71.591 do 9º ORI, constavam duas casas Rua Escolástica Melchert da Fonseca, 166 e Rua Ulisses Coutinho n.º 86, entretanto, da mencionada transcrição constou apenas a casa da Rua Ulisses Coutinho.

Diante do acima exposto, deverá ser corrigida a transcrição junto ao 9º RI para constar a existência das duas casas e apresentado documento emitido pela PMSP que comprove a unificação dos mesmos passando a constituir o salão comercial com frente para a Rua Antonio Juvenal, 248, conforme consta da escritura ou prova da demolição dos mesmos.

2. O certificado de regularidade apresentado, comprova a existência dos prédios 248 a 270-A da Rua Antonio Juvenal, divergindo do que consta da escritura, onde consta ainda o prédio 270-fundos.

Diante do acima exposto, deverá ser apresentado documento emitido pela PMSP que comprove a construção do prédio n.º 270-fundos ou prova da demolição do mesmo."

Sustentam os recorrentes, em suma, que a perfeita individualização do imóvel é constatável a partir dos títulos e do *habite-se*; que foi arquivado um croqui da quadra fiscal na Prefeitura que confirma que o numeral 270 fundos é anterior aos numerais 270 e 270 A; que há alvará da Prefeitura de 1972 que deferiu a regularização das edificações realizadas sem observação das posturas municipais; que a exigência de comprovação de regularidade de edificações tão antigas viola o direito de propriedade dos recorrentes; e que é possível mitigar a regra da especialidade objetiva, permitindo a manutenção de descrições imprecisas.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 169/172).

É o relatório.

Trata-se de registro de escritura pública de doação lavrada perante o 28º Tabelião de Notas da Capital, em 1997, cujo objeto é o imóvel da transcrição nº 71.591, do 9º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, que atualmente está incluído na circunscrição do 16º Oficial de Registro de Imóveis da mesma Comarca.

Por meio de referido ato notarial, José Benedito de Souza e Maria Mendes de Souza doaram o imóvel descrito como 05 (cinco) casas e 03 (três) salões comerciais, situados na Rua Escolástica Melchert da Fonseca, esquina com a Rua Antonio Juvental, nº 248, 250, 254, 254-A, 260, 270, 270-A e 270-fundos, terreno que é formado pelos lotes nº 25 e 26 da quadra nº 03 da Vila Vita (...), a Jandira Mendes de Souza Sanchetta casada com Paulo Sanchetta; Joarez de Souza casado com Ana Maria Fonseca Rodrigues de Souza; Gilma Mendes de Souza e José Aparecido de Souza.

O registro do título foi negado nos termos da nota devolutiva de fls. 19/20,

Acesso ao Sumário

objeto da dúvida, julgada procedente (fls. 93/98 e 111/117).

De fato, verifica-se inexistir identidade entre o contido na transcrição nº 71.591, do 9º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, em que consta apenas a casa da Rua Ulisses Coutinho, atual Rua Antonio Juvenal, e o retratado na escritura pública de doação levada a registro, como acima consignado, a importar em ofensa ao princípio da especialidade objetiva.

Dito princípio somente seria respeitado se o título descrevesse o imóvel tal como no assento e, também, se esse assento contivesse perfeita individualização do bem.

Para Afrânio de Carvalho, *o princípio da especialidade do imóvel significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro* (Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6015/73, 2a ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 219).

Por isso, o imóvel deve estar perfeitamente descrito no título objeto de registro de modo a permitir sua exata localização e individualização, não se confundindo com nenhum outro.

Narciso Orlandi Neto, ao citar Jorge de Seabra Magalhães, lembra que *"as regras reunidas no princípio da especialidade impedem que sejam registrados títulos cujo objeto não seja exatamente aquele que consta do registro anterior. É preciso que a caracterização do objeto do negócio repita os elementos de descrição constantes do registro"* (Narciso Orlandi Neto, Retificação do Registro de Imóveis, Juarez de Oliveira, pág. 68).

O tema já foi tratado em precedentes deste C. Conselho Superior da Magistratura, como no apelo nº 0010422-67.2013.8.26.0361, de relatoria do então Corregedor Geral da Justiça, DES. HAMILTON ELLIOT AKEL:

> *"(...) No que respeita ao principio da especialidade objetiva, ele apenas seria respeitado se o título descrevesse o imóvel tal como no assento e, também, se esse assento contivesse perfeita individualização do bem. Para Afrânio de Carvalho, o princípio da especialidade do imóvel significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro (Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015/73, 2a ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 219). Por isso, o imóvel deve estar perfeitamente descrito no título objeto de registro de modo a permitir sua exata localização e individualização, não se confundindo com nenhum outro. Narciso Orlandi Neto, ao citar Jorge de Seabra Magalhães, lembra que 'as regras reunidas no princípio da especialidade impedem que sejam registrados títulos cujo objeto não seja exatamente aquele que consta do registro anterior. É preciso que a caracterização*

Acesso ao Sumário

do objeto do negócio repita os elementos de descrição constantes do registro' (Narciso Orlandi Neto, Retificação do Registro de Imóveis, Juarez de Oliveira, pág. 68). É certo que caberia mitigação no princípio da especialidade, caso o título – formal de partilha – espelhasse a antiga transcrição. Mas nem isso ocorre no caso. Enquanto a certidão oriunda do 1º registro de Imóveis menciona dois lotes de terreno, o formal de partilha, ao tratar deles, discrimina-os como um só imóvel, não obstante a ausência de qualquer procedimento de unificação. E, mais, como ressalta o Oficial, traz medidas laterais inéditas, que não constam do assento. (grifo nosso) A situação não melhora com os documentos trazidos no curso do processo, que, de mais a mais, não integram o título e, portanto, não podem ser admitidos. Por meu voto, à vista do exposto, nega-se provimento ao recurso."

Assim, da forma como apresentado, o título não comporta registro.

Observe-se, ainda, haver incompatibilidade entre a escritura pública de venda e compra lavrada em 11 de março de 1958, pelo 19º Tabelião de Notas da Capital (fls. 62/65), que deu origem à transcrição nº 71.591, de um lado, esse mesmo assento, de outro. Do ato notarial constaram duas casas (Rua Escolástica Melchert da Fonseca, 168, e Rua Ulisses Coutinho, 86), mas da transcrição, como já dito, constou apenas a casa da Rua Ulisses Coutinho, atual Rua Antonio Juvenal. Isso corrobora a deficiência de especialidade objetiva e, pois, a impossibilidade do almejado registro *stricto sensu*.

De resto, a necessidade de ser retificada a transcrição, o modo de fazê-lo e o ofício de registro de imóveis com atribuição para proceder a tanto são matérias estranhas ao processo de dúvida e devem ser veiculadas em pedido de providências, que terá a E. Corregedoria Geral da Justiça (e não este C. Conselho Superior da Magistratura) eventualmente como órgão recursal.

Fato é que, de toda sorte, por ora o título não admite a inscrição pretendida e a r. sentença não merece reparo.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021335-72.2021.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante NICAA EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA., é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.827)**

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, 26 de outubro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL LEGALMENTE EXIGIDO – PRETENSÃO DE SOMA COM A POSSE EXERCIDA PELOS HERDEIROS DOS TITULARES DE DOMÍNIO, QUE NÃO CONFIGURA POSSE *AD USUCAPIONEM* – INADMISSIBILIDADE – POSSES DE NATUREZAS DIVERSAS – AUSÊNCIA DE HOMOGENEIDADE – INAPLICABILIDADE DO ART. 1.243 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***NICAA EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA.***, em procedimento de dúvida, suscitada pelo 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Jundiaí, visando a reforma da r. Sentença (fls. 353/354) que manteve a recusa de registro de usucapião extrajudicial da área de 6.511,08m², destacada da área maior remanescente das Transcrições nº 21.182; 21.538 e 21.539, do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Jundiaí.

A nota devolutiva (fls. 305/323) contém, em suma, a seguinte motivação para a recusa ao procedimento:

> *"(...) mesmo que seja admitida a soma de posse no presente caso, a requerente não cumpriu o requisito temporal de 15 (quinze) anos de posse para usucapião extraordinária. O início da posse da antecessora Nanci se deu com a abertura da sucessão, ocorrida em virtude do óbito de sua genitora, datado de 18/07/2009. Considerando a data do protocolo dia 17/03/2021 como marco final do cumprimento do tempo de posse (...) a*

requerente estaria efetivamente na posse há 11 anos, 7 meses e 27 dias.

(...) não há homogeneidade das posses da requerente e da sua antecessora. A antecessora obteve a posse por meio de sucessão de sua genitora, que é proprietária tabular (...)

(...) O contrato de compromisso de venda e compra, rerratificado para contrato de cessão dos direitos hereditários, a priori, é justo título de acordo com o conceito exposto.

Não obstante, de acordo com a cláusula 2.1, 'c', 'c1' do contrato de compromisso (fls. 43/51) e cláusula 3.2.2. do instrumento de rerratificação (fls. 52/57), o preço acordado pelas partes não foi totalmente quitado, impedindo dessa forma o reconhecimento como justo título para usucapião ordinária."

A apelante aduz, em suma, que exerce posse mansa, pacífica, com *animus domini* e ininterrupta pelo tempo legalmente exigido, sendo viável a soma com a posse de sua antecessora, que ostenta a mesma natureza. Além disso, há justo título a supedanear o pedido de usucapião ordinária.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 434/438).

É o relatório.

Trata-se de pedido alternativo, formulado pela apelante extrajudicialmente – Usucapião Extraordinária ou Ordinária –, fundado em alegação de posse mansa e pacífica, há mais de vinte anos, sobre a área de 6.511,08m², destacada da área maior remanescente das Transcrições nº 21.182; 21.538 e 21.539 do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Jundiaí.

Sustenta a recorrente que adquiriu o imóvel em 10 de junho de 2015, por meio de instrumento particular de compromisso de venda e compra e sua respectiva rerratificação datada de 05 de novembro de 2019, cuja transmitente é Nanci Vieira, com a anuência expressa de Sidney Vieira e sua mulher, tendo sido transmitidos os direitos hereditários que a mesma possuía em decorrência dos falecimentos de Macário Vieira e Martha Defida Ricardo Vieira, ocorridos em 25 de janeiro de 1991 e 18 de julho de 2009, respectivamente.

Macário Vieira e Martha Defida Ricardo Vieira são os titulares de domínio da área maior remanescente dos imóveis objetos das Transcrições nº 21.182; 21.538 e 21.539 do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Jundiaí.

O pedido foi indeferido nos moldes da nota devolutiva de fls. 305/323. A dúvida suscitada foi julgada procedente, mantendo-se os óbices ao registro da usucapião (fls. 353/354).

Pois bem.

A dúvida foi suscitada em procedimento de usucapião extrajudicial, com fundamento no art. 17, § 5º do Provimento CNJ nº 65/2017:

"Art. 17. Para a elucidação de quaisquer dúvidas, imprecisões ou incertezas, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis ou por escrevente habilitado.

§ 1º No caso de ausência ou insuficiência dos documentos de que trata o inciso IV do caput do art. 216-A da LRP, a posse e os demais dados necessários poderão comprovados em procedimento de justificação administrativa perante o oficial de registro do imóvel, que *obedecerá, no que couber, ao disposto no § 5º do art. 381 e ao rito previsto nos arts. 382 e 383, todos do CPC.*

§ 2º Se, ao final das diligências, ainda persistirem dúvidas, imprecisões ou incertezas, bem como a ausência ou insuficiência de documentos, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido mediante nota de devolução fundamentada.

§ 3º A rejeição do pedido extrajudicial não impedirá o ajuizamento de ação de usucapião no foro competente.

§ 4º Com a rejeição do pedido extrajudicial e a devolução de nota fundamentada, cessarão os efeitos da *prenotação e da preferência dos direitos reais determinada pela prioridade, salvo suscitação de dúvida.*

§ 5º A rejeição do requerimento poderá ser impugnada pelo requerente no prazo de quinze dias, perante o oficial de registro de imóveis, que poderá reanalisar o pedido e reconsiderar a nota de rejeição no mesmo prazo ou suscitará dúvida registral nos moldes dos art. 198 e seguintes da LRP."

Incontroverso que somente a partir de 10 de junho de 2015, quando do instrumento particular de compromisso de venda e compra rerratificado em 05 de novembro de 2019, firmado entre Nanci Vieira e a recorrente, é que esta passou a exercer, por si, a posse do imóvel telado.

Considerando que o requerimento extrajudicial foi protocolado na Serventia Imobiliária em 17 de março de 2021, a apelante, por si, ostenta apenas cinco anos de posse, diversamente do que impõem os arts. 1.238 e 1.242 do Código Civil.

A posse da cedente Nanci Vieira, por seu turno, iniciou-se em julho de 2009, quando do óbito de sua genitora Martha Defida Ricardo Vieira.

Assim, ainda que admitida a utilização do instituto da *accessio possessionis*, previsto no artigo 1.243, do Código Civil *("O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé")*, não se verificaria o preenchimento do requisito temporal porquanto computados aproximados doze anos do início da posse até o protocolo do requerimento no Registro de Imóveis.

Como se não bastasse, certo é que com o óbito de Macário Vieira e Martha Defida Ricardo Vieira, titulares de domínio e genitores da cedente Nanci e

Acesso ao Sumário

seu irmão Sidney, operou-se a sucessão hereditária, transmitindo-se o direito imediata e automaticamente aos herdeiros.

Na lição de Benedito Silvério Ribeiro:

"O herdeiro prossegue na posse do defunto (sucessio possessionis), conforme determina a lei, à qual se obriga, com vícios e qualidades que lhe são inerentes, mesmo que os ignore" (RIBEIRO, B.S., Tratado de Usucapião, volume I, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 817/820).

Assim é que a posse da falecida, *in casu*, titular de domínio, foi transmitida aos herdeiros com a mesma natureza, não se admitindo, pois, a soma com a posse "ad usucapionem" exercida pela apelante em face da inexistência de homogeneidade.

É como nos ensina Francisco Eduardo Loureiro:

"A acessão da posse exige três requisitos: continuidade, homogeneidade e vínculo jurídico. As posses a ser somadas devem ser contínuas, sem interrupção de solução. Devem ser homogêneas, vale dizer ter as mesmas qualidades, para gerar os efeitos positivos almejados. Deve haver, finalmente, um vínculo jurídico entre o possuidor atual e o anterior. Esse vínculo pode revestir-se de várias modalidades, por exemplo, um negócio jurídico, ou, então, uma arrematação em hasta pública" (Código Civil Comentado, Coord. Min. Cezar Peluso, Manole, 14ª edição, p. 1.332).

Nesse sentido já se decidiu:

"USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. Autor que pretende somar sua posse àquela exercida pelos proprietários, além da posse dos seus antecessores. Inadmissibilidade. 'Animus domini' de natureza distinta. Inaplicabilidade do art. 1.243 do Código Civil. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do STJ. Lapso temporal não comprovado na data de propositura da ação. Ademais, antecessores que sequer foram citados do trâmite da demanda. Improcedência. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação Cível nº 1006233-74.2013.8.26.0152, Relatora: Ana Maria Baldy, 6ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 24/07/2017).

Assim, independentemente da espécie de usucapião, quer extraordinária ou ordinária, como requerido alternativamente pela apelante, certo é que entre a data do exercício da posse mansa, pacífica e *ad usucapionem* e o protocolo do requerimento extrajudicial, não houve o preenchimento do requisito temporal necessário à aquisição da propriedade, via usucapião.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação, mantendo a recusa do 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Jundiaí.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010746-36.2020.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante C.L.C., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação, com determinação para prosseguimento do procedimento de usucapião extrajudicial, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.828)**

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, 3 de novembro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: APELAÇÃO – REGISTRO DE IMÓVEIS – USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – DEMONSTRAÇÃO DA POSSE QUALIFICADA PELO PRAZO LEGALMENTE EXIGIDO – ART. 1238 DO CÓDIGO CIVIL – SUCCESSIO POSSESSIONIS (ART. 1207 CC) – ACCESSIO POSSESSIONIS (ART. 1243 CC) – PROVIMENTO AO RECURSO, COM DETERMINAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **C.L.C.**, em procedimento de dúvida, suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Praia Grande, visando a reforma da r. Sentença (fls. 1.311/1.312) que manteve a recusa de registro de usucapião extrajudicial do imóvel objeto da matrícula nº (...).

A nota de devolução n.º (...) contém a seguinte motivação para a recusa ao procedimento (fls. 14/16):

"(...) Analisando cuidadosamente o procedimento, observo que a ori-

gem da posse do imóvel se deu pelo o exercício de seus genitores O.L. e D.N.L., através do contrato particular de fls 46, que após o falecimento dos mesmos, a posse passou a ser exercida por seus herdeiros, quais sejam, a requerente C., e seus irmãos O. e L., e que apenas em 04 de agosto de 2016, a requerente teoricamente obteve posse exclusiva em decorrência do contrato particular de cessão de direitos hereditários firmado entre ela e seus irmãos (fls 49), de modo que o lapso temporal exigido na espécie extraordinária de usucapião não estaria preenchido, contudo, a solução encontrada pela mesma para essa situação foi a aplicação do instituto da acessio possessionis, previsto no artigo 1.243 do Código Civil.

Pois bem, é salutar observar que após o falecimento dos genitores, se abre automaticamente a sucessão, vigorando o princípio da saisine, nos termos do artigo 1.784 do Código Civil, assim, a posse do imóvel passa a ser exercida pelo espólio, criando-se um condomínio pro indiviso sobre o acervo hereditário, regendo-se a posse pelas normas relativas ao condomínio, nos moldes do artigo 1.791, parágrafo único do Código Civil (REsp 1.192.027/MG, 3ª Turma DJe 06/09/2010).

A jurisprudência tem se manifestado no sentido da possibilidade excepcional de usucapião por um dos co-herdeiros, caso este venha exercer com exclusividade a posse sobre o imóvel, e a partir do exercício exclusivo da posse com animus domini, conseguir implementar todos os requisitos legais necessários para a usucapião (REsp 1.631.859-SP, Superior Tribunal de Justiça – STJ - DJe 29/05/2018).

E na presente hipótese, a utilização exclusiva da coisa por um dos possuidores deveria ser comprovado o animus domini, do que não cuidou a requerente, tendo apresentado muitos documentos em nome de seu genitor, tais como taxas condominiais e de luz, limitando-se apresentar pouquíssimos documentos lançados em seu nome com referência ao imóvel, desconfigurando que o exercício de sua posse é exclusiva, presumindo-se então que a posse é exercida pelos espólios de O.L. e D.N.L. Nota-se, ainda, que há diversos comprovantes de pagamentos de taxas, impostos e outros encargos incidentes sobre o imóvel realizadas por uma pessoa estranha ao procedimento, reforçando que a posse não é exclusiva.

Embora a requerente some a posse dos possuidores anteriores pela acessio possessionis para comprovar o lapso temporal exigido pela espécie pretendida da usucapião, caberia a mesma ao menos encarregar-se em transferir as contas de consumo para o seu nome, a partir da data do instrumento particular de cessão de direitos hereditários firmado com seus irmãos, o que poderia ter sido caracterizado posse exclusiva.

Acesso ao Sumário

Quanto a ata notarial, é sabido que se trata de documento instrutório para o procedimento, na qual não tem valor como confirmação ou estabelecimento de propriedade (artigo 5º, § 3º do Provimento do CNJ nº 65/2017 e item 416.3.3, capítulo XX do Provimento da CG nº 56/2019), a qual apenas traduz pela fé-pública do Tabelião uma situação fática.

Ensina o Doutor Leonardo Brandelli, a ata notarial no procedimento de reconhecimento extrajudicial de usucapião tem como essência: 'O notário, desta forma, para instruir o pedido de usucapião extrajudicial, lavrará ata notarial, a pedido da parte interessada, na qual deverá narrar, com presunção relativa derivada de sua fé-pública, os elementos que puder coletar a respeito da titularidade, do tempo e da quantidade da posse existente sobre o imóvel usucapiendo' (Usucapião administrativa: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77).

No mais, no mérito, é caso de indeferimento do pedido, pois no presente caso não houve demonstração por meio dos elementos de prova carreados no procedimento, que posse da requerente é exclusiva, condão obrigatório para a configuração da usucapião requerida por um dos herdeiros.

Posto isso, indefiro o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião a requerente do imóvel situado nesta cidade, na Rua (...), número (...), constituído do apartamento (...), do Edifício (...), nos termos § 8º do artigo 216-A da Lei Federal 6.015/73".

A apelante aduz, em suma, que detém posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre o imóvel usucapiendo, comprovada documentalmente por meio do instrumento particular de cessão de direitos e obrigações firmado com seus irmãos. Além disso, não houve qualquer impugnação ao pedido formulado.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 1.354/1.356).

É o relatório.

Trata-se de pedido extrajudicial de Usucapião Extraordinária, fundado em alegação de posse mansa e pacífica, há mais de quinze anos, sobre o imóvel descrito na matrícula nº (...) do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Praia Grande.

Sustenta a recorrente que desde 02/03/1981 exerce a posse mansa, pacífica e ininterrupta do apartamento n.º (...), localizado no (...) andar ou terceiro (...) do Edifício (...), na Comarca da Praia Grande.

Esclarece que os titulares de domínio do imóvel objeto da matrícula n.º (...) são F.R.M.F. e P.A.R.M., os quais se comprometeram a vender o bem à A. C.L., que, por seu turno, comprometeu vender o imóvel telado a seus genitores,

O.L. e D.N.L., em 02/03/1981.

O.L. e D.N.L. faleceram em 15/06/2014 e 22/10/2013, respectivamente.

Em 04/08/2016 foi firmado o instrumento particular de compromisso de cessão de direitos hereditários e outras avenças entre a recorrente e seus irmãos, L.C.L. e O.L.J.

Assevera, assim, que a despeito de desde 04/08/2016 exercer a posse do imóvel com exclusividade, ostenta, por meio de seus genitores, a posse *ad usucapionem* desde 02/03/1981.

O pedido foi indeferido nos moldes da nota devolutiva de fls. 14/16. A dúvida suscitada foi julgada procedente, mantendo-se o óbice ao registro da usucapião (fls. 1.311/1.312).

Pois bem.

A dúvida foi suscitada em procedimento de usucapião extrajudicial, com fundamento no art. 17, § 5º do Provimento CNJ nº 65/2017:

> *"Art. 17. Para a elucidação de quaisquer dúvidas, imprecisões ou incertezas, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis ou por escrevente habilitado.*
>
> § 1º No caso de ausência ou insuficiência dos documentos de que trata o inciso IV do caput do art. 216-A da LRP, a posse e os demais dados necessários poderão ser comprovados em procedimento de justificação administrativa perante o oficial de registro do imóvel, que *obedecerá, no que couber, ao disposto no § 5º do art. 381 e ao rito previsto nos arts. 382 e 383, todos do CPC.*
>
> § 2º Se, ao final das diligências, ainda persistirem dúvidas, imprecisões ou incertezas, bem como a ausência ou insuficiência de documentos, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido mediante nota de devolução fundamentada.
>
> § 3º a rejeição do pedido extrajudicial não impedirá o ajuizamento de ação de usucapião no foro competente.
>
> § 4º Com a rejeição do pedido extrajudicial e a devolução de nota fundamentada, cessarão os efeitos da *prenotação e da preferência dos direitos reais determinada pela prioridade, salvo suscitação de dúvida.*
>
> § 5º A rejeição do requerimento poderá ser impugnada pelo requerente no prazo de quinze dias, perante o oficial de registro de imóveis, que poderá reanalisar o pedido e reconsiderar a nota de rejeição no mesmo prazo ou suscitará dúvida registral nos moldes dos art. 198 e seguintes da LRP."

A apelação, respeitado o entendimento do Oficial Registrador, comporta provimento.

A usucapião é modo de aquisição originária da propriedade em razão do exercício da posse prolongada e mediante o preenchimento dos requisitos legais.

A pretensão, portanto, está sujeita à caracterização de: *i) posse mansa e ininterrupta pelo prazo previsto em lei; ii) inexistência de oposição à posse; iii) "animus domini"*.

Em qualquer modalidade de usucapião devem, pois, estar presentes sempre os elementos: posse e tempo.

No tocante ao tempo, cumpre ao postulante da usucapião extraordinária demonstrar, portanto, que ostenta a posse pelo prazo de 15 anos, de forma contínua e sem oposição.

Com relação ao elemento posse, exige-se a posse qualificada *ad usucapionem*, ou seja, a posse potencializada pela convicção de domínio, de ter a coisa para si com *animus domini*.

Assim, a configuração da prescrição aquisitiva não se contenta com a posse normal *ad interdicta*, exigindo-se a posse *ad usucapionem*, em que, além da exteriorização da aparência de domínio, o usucapiente deve demonstrar o exercício da posse com ânimo de dono pelo prazo, sem interrupção e sem oposição.

Fixadas estas premissas, por meio da documentação acostada aos autos verifica-se que O.L. e D.N.L., genitores da recorrente, exerceram a posse qualificada do imóvel telado desde 02/03/1981.

Por meio do *"contrato de compra e venda de edificação* à *prazo"* de fls. 87/89, datado de 02 de março de 1981, A.C.L. vendeu a O.L. e D.N.L. o imóvel usucapiendo.

Os documentos de fls. 108/347, contas de consumo e IPTU, demonstram o exercício da posse *ad usucapionem* e com *animus domini* de 1981 até o falecimento de O. e D.

Após o óbito, houve a continuidade do exercício possessório qualificado pelos herdeiros C.L.C., L.C.L. e O.L.J., consoante se observa dos comprovantes de pagamento das contas de consumo, comprovantes de aquisição de material de construção e IPTU (fls. 348/907).

No ponto, irrelevante que alguns dos comprovantes de pagamento estejam em nome de terceiro.

A uma porque o fato isoladamente não desqualifica o restante da prova documental que bem demonstra a posse qualificada ao longo do tempo.

Em segundo lugar, *in casu*, demonstrou a recorrente que a pessoa jurídica "(...)" tem como sócio administrador seu marido, J.C. (fls. 1.193/1.200), sendo crível que o pagamento tenha ocorrido por meio da pessoa jurídica para evitar que a recorrente se deslocasse para estabelecimento bancário como por ela asseverado.

Ultrapassado este ponto, a despeito de restar incontroverso que somente a partir de 04/08/2016, quando do instrumento particular de compromisso de cessão de direitos hereditários e outras avenças firmado entre a recorrente e seus irmãos, L.C.L. e O.L.J., é que tenha a apelante passado a exercer a posse exclusiva do imóvel telado, certo é que com o falecimento dos genitores da recorrente (15/06/2014 e 22/10/2013, respectivamente) operou-se a sucessão hereditária, ou seja, transmitiu-se o direito imediata e automaticamente aos herdeiros, que passaram a ser compossuidores.

No ponto, relevante trazer à baila lição de Francisco Eduardo Loureiro ao comentar o artigo 1243, do Código Civil[1]:

> *"Na successio possessionis a transmissão se opera ex lege. A posse é uma, de modo que não pode o possuidor atual descartar a posse do transmitente porque maculada por vícios que não lhe convém. Em termos diversos, não pode sucessor inaugurar um novo período sucessório, desprezando a posse de seu antecessor. Se a posse do falecido era ad usucapionem, tanto melhor para o herdeiro, que poderá aproveitar o período anterior para complementar o prazo exigido em lei. (...) Como diz Benedito Silvério Ribeiro, 'o tempo do herdeiro carrega os vícios e virtudes da posse do morto' (Tratado de usucapião) 3. Ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 749)."*

A posse qualificada, exercida por O.L. e D.N.L. desde 02/03/1981, foi, então, transmitida automaticamente com o óbito destes em favor de todos os herdeiros, *in casu*, a recorrente e seus irmãos, L.C.L. e O.L.J.

De 2014, quando do falecimento do genitor O.L., até 04/08/2016, quando da lavratura do instrumento particular de compromisso de cessão de direitos hereditários e outras avenças firmado entre a recorrente e seus irmãos, todos herdeiros exerceram a composse do imóvel, que poderá ser também somada ao período de posse exclusiva da apelante.

A posse da herdeira recorrente, no caso telado, pode somar-se a de seus irmãos pelo instituto da *accessio possessionis* (art. 1.243, CC).

Não se vislumbra, pois, óbice a que a recorrente pleiteie o domínio pela usucapião computando para si o tempo de posse exercida conjuntamente por todos os herdeiros uma vez existente concordância entre todos.

É o que se infere do instrumento de cessão de direitos hereditários e da ausência de impugnação dos herdeiros, devidamente notificados no expediente extrajudicial.

Nos precisos ensinamentos de Benedito Silvério Ribeiro:

"(...) verifica-se a ocorrência de composse entre herdeiros, antes de realizada a partilha.

1 Código Civil Comentado, Coordenador Minsitro Cezar Peluso, 11ª edição, 2017.

Jurisprudência - CSM

A herança, no dizer de Julianus, nada mais é do que a sucessão em todo o direito que teve o defunto hereditas nihilaliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. (...) Sendo a herança um condomínio a ser distribuído aos herdeiros, conforme as quotas cabentes a cada um, na ocasião da partilha, deixando o finado apenas posse, transmitida com as mesmas características precedentes, isto é, se clandestina, precária, interrompida, violenta ou com outra qualificação, continuará a sê-lo após a transmissão.

Havendo, dessa forma, composse entre os herdeiros, antes de efetuado o partilhamento, evidenciado está que um não poderá afastar outro herdeiro de seus direitos, da mesma forma que o cônjuge supérstite não poderá afastar os filhos nem estes àquele." (...)

Firmada, destarte, a presunção em favor da existência de composse ou de comunhão (animus societas), pode-se dizer, a priori, que um herdeiro, havendo outros, não poderá pleitear o domínio pela competente ação de usucapião nem computar para si o tempo de posse exercida pelo de cujus, ***exceto se os demais concordarem com a continuação exclusiva por parte daquele.****" (grifo nosso)* (Tratado de Usucapião, volume 1, 8ª ed. rev. e atual. com a usucapião familiar São Paulo: Saraiva, 2012,pág. 296/299).

O conjunto probatório existente nos autos demonstra, pois, que a recorrente exerce, por si e seus antecessores, com ânimo de proprietária, a posse do imóvel usucapiendo por mais de 15 (quinze) anos. É o que basta para o provimento do recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação, com determinação para prosseguimento do procedimento de usucapião extrajudicial.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000371-25.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante GUFT – PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.832)**

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, 3 de novembro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CARTA DE ARREMATAÇÃO – TÍTULO JUDICIAL QUE SE SUJEITA À QUALIFICAÇÃO REGISTRAL – DESQUALIFICAÇÃO – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – IMÓVEL REGISTRADO EM NOME DE QUEM NÃO FOI PARTE NA AÇÃO QUE DEU ENSEJO À EXPEDIÇÃO DA CARTA DE ARREMATAÇÃO – PENHORA DOS DIREITOS HAVIDOS PELO EXECUTADO SOBRE OS IMÓVEIS QUE NÃO AFASTA A NECESSIDADE, ANTES DO PRETENDIDO REGISTRO DA CARTA DE ARREMATAÇÃO, DA INSCRIÇÃO DO TÍTULO QUE LHE CONFERIU TAIS DIREITOS – ARREMATAÇÃO DE DIREITOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM AQUISIÇÃO DE DOMÍNIO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE REGISTRAL – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Guft Participações e Empreendimentos Ltda.*** contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Guarujá, que manteve a recusa ao registro da carta de arrematação expedida nos autos da ação de execução extrajudicial (Processo nº 0015543-10.2018.8.26.0100, da 45ª Vara Cível Central da Capital), tendo por objeto os imóveis matriculados sob nºs 24256 e 24257 junto à referida serventia extrajudicial, sob o fundamento de que estaria configurada ofensa ao princípio da continuidade registral (fls. 224/225).

Alega a apelante, em síntese, que o MM. Juízo da 45ª Vara Cível Central da Capital reconheceu os direitos havidos por Isaac Daniel Wasserman sobre os imóveis em questão, determinando sua penhora, a despeito de figurar como titular de domínio, nas matrículas nºs 24256 e 24257 do Oficial de Registro

Jurisprudência - CSM

de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Guarujá/SP, a empresa *Magnum S/A Participações e Empreendimentos*. Aduz que referidos imóveis foram levados à hasta pública nos autos do Processo nº 0015543-10.2018.8.26.0100, quando, então, foram arrematados. Assim, tendo sido registrada a penhora deferida, sustenta que não houve ofensa ao princípio da continuidade, pois reconhecido, no âmbito judicial, que o imóvel havia sido alienado pela titular de domínio ao executado, que, assim, foi reconhecido como proprietário dos imóveis (fls. 233/240).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 261/264).

É o relatório.

Apresentada a registro a carta de arrematação expedida nos autos da ação de indenização, em fase de cumprimento de sentença, que tramitou perante a 45ª Vara Cível Central da Capital (Processo nº 0015543-10.2018.8.26.0100), tendo por objeto os imóveis matriculados sob nºs 24256 e 24257, o Oficial de Registro de Imóveis desqualificou o título e expediu nota de devolução (fls. 157/159), consignando que:

> *"(...) o imóvel arrematado é de propriedade de Magnum S/A Participações e Empreendimentos, que não foi parte do processo. Verifica-se também que o auto de arrematação declara que a expropriação judicial teve por objeto 'os direitos' que o executado detinha sobre tal imóvel, mas não esclarece a natureza desse direito, se a propriedade ou algum outro direito, eventualmente de natureza obrigacional (v.g. compromisso de compra e venda não registrado).*
>
> *Diante desse quadro, é necessário aditar a carta de sentença, para fim de dela fazer constar cópia de peças processuais que esclareçam a natureza do direito transmitido. Registre-se, por oportuno, que direitos outros que não os reais ou obrigacionais com previsão legal expressa de registro não ingressam no fólio real.*
>
> *(...)*
>
> *Caso eventualmente a arrematação tenha por objeto o direito de propriedade, e o Juízo tenha reconhecido a responsabilidade patrimonial da proprietária tabular (CPC, art. 790), é necessário fazer constar da carta o pronunciamento judicial que assim tenha decidido, para justificar a excepcional quebra do princípio da continuidade, que, via de regra, deve ser observado."*

Acesso ao Sumário

Desde logo, importa lembrar que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registral, ainda que limitada a seus requisitos formais e sua adequação aos princípios registrais, conforme o disposto no item 117, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça:

"Item 117. Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais".

Este C. Conselho Superior da Magistratura tem decidido, inclusive, que a qualificação negativa não caracteriza desobediência ou descumprimento de decisão judicial (TJSP; Apelação Cível 0003968-52.2014.8.26.0453; Rel. DES. PEREIRA CALÇAS; Órgão Julgador: Conselho Superior de Magistratura; Foro de Pirajuí – 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/2/2016; Data de Registro: 13/4/2016).

Da análise da certidão imobiliária, verifica-se que os imóveis matriculados sob nºs 24256 e 24257 junto ao Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Guarujá/SP estão registrados em nome de *Magnum S/A. Participações e Empreendimentos* (fls. 185/186 e 187/189).

Ocorre que, na ação judicial que ensejou a expedição da carta de arrematação em testilha (Processo nº 0015543-10.2018.8.26.0100), figuraram como partes Octavio Galvão Neto (exequente) e Isaac Daniel Wasserman (executado). E muito embora tenham sido penhorados, por força de decisão proferida naquele processo, os direitos que Isaac Daniel Wasserman possui sobre referidos imóveis, o fato é que se mostra imprescindível, antes do pretendido registro da carta de arrematação, que se faça a inscrição do título que conferiu tais direitos ao executado.

Trata-se de obedecer ao princípio da continuidade registrária, previsto no art. 195, da Lei de Registros Públicos:

"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".

De seu turno, dispõe o art. 237, do mesmo Diploma legal:

"Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro".

A propósito do tema, ensina Afrânio de Carvalho:

"O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito,

acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subseqüente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público" (*Registro de Imóveis*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 253).

E na lição de Valmir Pontes: *"só a pessoa nominalmente referida no registro como titular do domínio de um imóvel pode transmitir a outrem esse seu direito ou onerá-lo de qualquer modo"* (*apud* ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do Registro de Imóveis*. Juarez de Oliveira, 1999, p. 57).

Nesse cenário, ainda que averbada a penhora dos direitos que a titular de domínio transferiu ao executado, não há como dizer que este tenha se tornado titular de domínio e que, portanto, seja possível registrar a carta de arrematação para transferência da propriedade à arrematante, ora apelante.

Em outras palavras, o registro da carta de arrematação dos direitos havidos pelo executado, visando a pretendida transferência do domínio, não é mesmo possível, eis que a penhora, como está nas matrículas, não recaiu sobre nenhum direito inscrito. Por conseguinte, em relação a eventuais direitos obrigacionais caberá à apelante postular o que entender necessário, pelas vias próprias, e a carta de arrematação, se o caso, deverá ser aditada para melhor identificação dos direitos alienados, tudo em respeito ao princípio da continuidade. Nesse sentido, já ficou decidido que:

REGISTRO DE IMÓVEIS – Arrematação de bem em processo de execução – Modo derivado de aquisição da propriedade – Executado que sequer é mencionado na matrícula do bem – Necessidade de registro do título anterior, a fim de viabilizar o encadeamento dos títulos – Preservação do princípio da continuidade – Apelação desprovida. (TJSP; Apelação Cível 1109038-33.2014.8.26.0100; Rel. DES. PEREIRA CALÇAS; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 31/07/2017; Data de Registro: 14/08/2017).

REGISTRO DE IMÓVEIS – Arrematação dos direitos decorrentes do compromisso de compra e venda – Inexistência de registro desse direito no Registro de Imóveis – Executado que não figura como titular de qualquer direito na matrícula – Arrematação de direitos à aquisição da propriedade que não se confunde com aquisição de domínio – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 9000001-46.2013.8.26.0624; Rel. DES. JOSÉ RENATO NALINI; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 10/12/2013; Data de Registro: 19/12/2013).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005261-38.2020.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que são apelantes MANOEL ALBERTO FERRAZ DA SILVA e LUCINEIDE FERREIRA MOREIRA SILVA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE CARAPICUÍBA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.843)**

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, 30 de novembro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – PROCESSO EXTRAJUDICIAL DE USUCAPIÃO – NOTIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA QUE DEVE SER ENTREGUE A QUEM TENHA PODERES DE REPRESENTAÇÃO LEGAL – IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – IMPOSSIBILIDADE, DIANTE DA NORMATIVA VIGENTE, DE PROCEDER-SE À NOTIFICAÇÃO POR EDITAL – PROSSEGUIMENTO NA USUCAPIÃO, NA ESFERA EXTRAJUDICIAL, QUE SE MOSTRA INVIÁVEL – REMESSA DOS INTERESSADOS À VIA JUDICIAL – APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por *Manoel Alberto Ferraz da Silva* e *Lucineide Ferreira Moreira Silva* contra a r. sentença que julgou procedente a dúvida suscitada, mantendo as exigências formuladas pelo Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Carapicuíba/SP e, assim, impedindo a continuidade do

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

processo de usucapião extrajudicial relativo à casa 21 da Rua Um, Condomínio Recanto das Palmeiras, localizado na Estrada do Copiúva, 662, correspondente a parte do imóvel matriculado sob nº 136.921 junto à referida serventia extrajudicial (fls. 672/676).

Alegam os recorrentes, em síntese, que a despeito da exigência formulada pelo registrador, a notificação da Associação Frente das Mães de Osasco deve ser feita por meio de edital, na forma do art. 11 do Provimento CNJ nº 65/2017. Afirma que referida Associação foi responsável pela implantação irregular do empreendimento e integrante da cadeia de transmitentes, sem que, no entanto, figurasse como titular de domínio da área. Aduz que, desde 2005, a Associação deixou de atualizar seus atos constitutivos, encontrando-se, atualmente, como inativa perante a Receita Federal. Acrescenta que os representantes legais da Associação não foram localizados no endereço da sede da pessoa jurídica, estando em local incerto e não sabido. Diz que não pretende somar o tempo de posse de seus antecessores, razão pela qual, preenchidos os requisitos da usucapião extrajudicial requerida, na modalidade usucapião especial urbana, requer o prosseguimento do processo junto ao Oficial de Registro de Imóveis (fls. 682/687).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 702/704).

É o relatório.

Manoel Alberto Ferraz da Silva e *Lucineide Ferreira Moreira Silva* ingressaram com requerimento de usucapião extrajudicial de parte do imóvel matriculado sob nº 136.921 junto ao Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Barueri/SP (fls. 06/20).

O Oficial de Registro negou o prosseguimento do pedido de usucapião extrajudicial, emitindo nota de exigência (fls. 625) nos seguintes termos:

> *"Conforme se observa do art. 10, § 9º, do Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça, (...) tratando-se de pessoa jurídica, a notificação deverá ser entregue a pessoa com poderes de representação legal, ou seja, é obrigatório que a notificada tenha um representante legal devidamente constituído, portanto, apresentar ata de eleição da diretoria com mandato vigente da ASSOCIAÇÃO FRENTE DAS MÃES DE OSASCO, devidamente registrada no Registro Civil de Pessoa Jurídica, observando-se a ata de eleição e certidão de breve relato apresentadas o mandato da diretoria venceu em janeiro/2007. Caso a associação esteja sem eleições por vários anos a solução legal é solicitação, na via contenciosa, de administrador provisório, conforme prevê o art. 49 do Código Civil (...)".*

Acesso ao Sumário

A sentença recorrida confirmou a recusa do Oficial de Registro, reconhecendo a impossibilidade de notificação por edital, na usucapião extrajudicial, quando desconhecido ou incerto o próprio notificando – no caso, o representante

da associação.

Pois bem. O óbice apresentado ao prosseguimento da usucapião extrajudicial é mesmo intransponível.

Dispõe o item 418.9, Cap. XX, das NSCGJ, que:

"418.9. Tratando-se de pessoa jurídica, a notificação deverá ser entregue a pessoa com poderes de representação legal".

No mesmo sentido, o art. 10, § 9º, do Prov. CNJ nº 65/2017.

E como está nos §§ 4º e 13 do art. 216-A da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (e também no Prov. CNJ nº 65/2017, arts. 11 e 16, e nas NSCGJ, II, XX, itens 418.16 e 418.21), no processo extrajudicial de usucapião a notificação por edital é cabível para a ciência *(a)* de terceiros eventualmente interessados e *(b)* de notificandos que não tenham sido encontrados, ou que estejam em lugar incerto ou não sabido.

Ora, é incontroverso que o mandato da última diretoria da Associação Frente das Mães de Osasco encontra-se encerrado, sem eleição de novos representantes desde então. Logo, não se trata de notificando com paradeiro desconhecido, mas sim, de pessoa jurídica sem representante validamente constituído.

Sendo inviável, pois, a pretendida notificação por edital e não havendo nomeação de representante provisório para a pessoa jurídica (artigo 49 do Código Civil), aos interessados resta valer-se da via jurisdicional, em que, sob o poder de império do juiz e o manto da coisa julgada, será possível decidir como e quando se dará por satisfeita a necessidade de citar-se o representante legal da Associação Frente das Mães de Osasco. A razão disto (*i. e.*, da remessa ao caminho judicial) está em que o processo extrajudicial de usucapião e, de resto, todos os demais institutos ligados à chamada "desjudicialização" só têm lugar na esfera do consenso ou, na lição do Desembargador Ricardo Henry Marques Dip (cf. (endereço eletrônico constante do texto original)), *"devem competir... à Magistratura da paz jurídica, da concórdia (que é exercida por notários e registradores públicos), os casos em que não haja conflito atual"*.

Destarte, porque irregular a representação da pessoa jurídica responsável pela implantação do empreendimento em que inserido o imóvel usucapiendo, há que ser mantido o óbice apresentado pelo Oficial de Registro. Em hipótese semelhante, já ficou decidido que:

"DÚVIDA. REGISTRO IMOBILIÁRIO. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – EXIGÊNCIAS PREVISTAS NOS ART. 216-A, § 2º, LRP C.C. ART. 10, § 9º, PROVIMENTO nº 65/2017 do CNJ e ITEM 418.9, do CAPÍTULO XX DAS NSCGJ. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE DO TITULAR DE DOMÍNIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POSSE QUALIFICADA. INCONSISTÊNCIAS NÃO PASSÍVEIS DE SOLUÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO" (TJSP; Apelação Cível 1004685-12.2019.8.26.0408; Relator: Ricardo

Acesso ao Sumário

Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Ourinhos – Vara do Juizado Especial Cível; Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 14/05/2020).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Iasin Issa Ahmed e Lavínio Donizetti Paschoalão (Cerimônia realizada em 21.10.2022).

Boa tarde a todos. Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, a quem agradeço a elevada honra de ter sido indicado para proferir esta breve oração em nome de todos os integrantes desse sodalício e na pessoa de quem cumprimento e saúdo a todas as autoridades já nominadas pelo Cerimonial, em especial os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem o Conselho Superior da Magistratura.

Caríssimos colegas e amigos que hoje são empossados, Desembargadores Iasin Issa Ahmed e Lavínio Donizetti Paschoalão, minhas Senhoras e meus Senhores, com a propriedade e lucidez de sempre, somente permitida a quem coleciona minutos, o nosso saudoso Príncipe dos Poetas Brasileiros, Paulo Bomfim, adverte que, no instante em que os sentimentos envelhecem, precisamos retornar ao ponto de partida e procurar outros caminhos. Não importa, diz ele, que eles não nos levem a parte alguma, o principal é caminhar. E é justamente isso que nós, Juízes paulistas, por opção, vocação e paixão fazemos diariamente: caminhamos e caminhamos, apesar do envelhecimento, às vezes ainda precoce, dos nossos ideais, mercê de interferências espúrias e oportunistas, lançadas por detratores gratuitos que não nos respeitam sequer como instituição sesquicentenária que somos. Temos um orçamento notoriamente desproporcional à grandeza e necessidade de nosso funcionamento, manietados por restrições impostas por aqueles que sequer nos conhecem bem e que estão apenas de passagem pelo poder, sem comprometimento algum, por vezes, com o interesse público - este sim, objetivo primordial de nossa atuação como Magistrados. Querem insistentemente nos calar, mas não vão conseguir. Pois diante de um mínimo sinal de que nossos sentimentos idealistas estão a envelhecer, acolheremos a sugestão do nosso querido e saudoso Poeta e daremos início a uma nova caminhada. Todavia, com a esperança contumaz de que poderá nos conduzir a boas paragens.

E, lastreados nessa certeza constante de novos e bons rumos, Senhor Presidente, é que esses dois Magistrados aqui hoje se apresentam, após mais de 35 anos de intensa, árdua e profícua judicatura, imbuídos da vontade e garra inerentes aos principiantes. São homens dedicados e preocupados com a rea-

Acesso ao Sumário

lidade atual, dispostos a cumprir à risca o juramento que fizeram como Juízes Substitutos e que hoje é ratificado e renovado no instante em que ascendem ao mais elevado degrau de suas impolutas carreiras. O paulistano Iasin vem da turma de 1984 da Universidade Mackenzie. Nomeado em maio de 1986 Juiz Substituto da 19ª Circunscrição Judiciária, com sede em Sorocaba, foi Juiz Titular em Bananal, Sumaré, Santo André e da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro, onde se notabilizou como um dos grandes expoentes nacionais desse ramo do Direito, o que o conduziu, em junho de 2014, já como Juiz Substituto em Segundo Grau, à colenda Câmara Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, onde tive o privilégio de judicar e aprender com Sua Excelência no biênio de 2018/2019, enquanto ocupei a Presidência da Seção de Direito Criminal - honra indizível, Desembargador Iasin. Conserva com galhardia a firmeza de caráter herdado dos pais, Senhor Issa e Senhora Bahia, e tem na esposa, Alsonia, companheira de 33 anos, o indispensável sustentáculo para a carreira e para a vida.

Lavínio, natural de Engenheiro Balduino, teve sua formação jurídica na Faculdade de Direito Rio-Pretense, turma de 1981. Nomeado em novembro de 1985, Juiz Substituto da 18ª Circunscrição Judiciária, com sede em Fernandópolis, judicou como Juiz Titular em Cardoso, Foro Distrital de Potirendaba, Mirassol e São José do Rio Preto, sua terra de coração, onde estabeleceu e recebeu o carinho e o reconhecimento do povo rio-pretense; em maio de 2019, foi guindado ao cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau. Dos pais, Senhor Júlio e Senhora Maria, recebeu a estrutura moral que o distingue e qualifica, ao passo que na linda família que constituiu com a esposa Edna, sua fonte inesgotável de amor e apoio, tem a razão do seu viver. Os filhos Maria Carolina, Maria Júlia, Júlio e Leonardo e os netos Lucas, Lourenço, Pietro e Lavínia são a constatação de que valeu, e muito, todo o esforço de uma vida de trabalho e dedicação.

São esses, Senhor Presidente, em apertada síntese, os perfis destes homens de extremo valor que hoje passam a integrar, como Desembargadores, esta Corte de justiça de tantas lutas e glórias. A bagagem que adquiriram nas mais de três décadas de intensa e retilínea judicatura nos transmite a certeza de que continuarão a distribuir Justiça da maneira mais simples e rápida possível, atendendo aos anseios de uma prestação jurisdicional justa e imediata, pois Justiça tardia equivale à própria negativa do senso do justo.

Invoco, por derradeiro, as bênçãos do Criador para que os novos Desembargadores, meus caríssimos amigos, permaneçam ao lado dos seus familiares com a jovialidade do espírito que sempre demonstraram e a vontade de fazer justiça, que em poucos se vê, honrando e dignificando a nossa querida Magistratura Bandeirante.

Parabéns, sejam felizes e muito obrigado a todos por me ouvirem.

Acesso ao Sumário

LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e de Iasin Issa Ahmed como Desembargadores do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 21.10.2022).

Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Digno Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cuja pessoa peço permissão para saudar todas as autoridades presentes, civis e militares.

Minhas Senhoras e meus Senhores, 37 anos. Há 37 anos ingressei na Magistratura de São Paulo tomando posse nesse mesmo local onde hoje retorno para a posse no honroso cargo de Desembargador, que marca o ápice da carreira de Magistrado. A luta foi árdua, o trabalho incessante, muitas ou mais das vezes com sacrifício pessoal e da família, tenho certeza. Mas o que move o Magistrado vocacionado é o amor à Magistratura, a ânsia diuturna da entrega de prestação jurisdicional célere e a bom tempo - e isto sempre procurei fazer, entregando o melhor que tinha. Mas, nada disso se consegue fazer sem a presença e o apoio da família. E eu tive, na pessoa de minha esposa, Edna, companheira da vida toda, que me deu, como já mencionou o Eminente Orador Desembargador Fernando, quatro filhos maravilhosos: Maria Carolina, Maria Júlia, Júlio Neto e Leonardo, os quais, de seu turno, também me deram os amados netos Lucas, Lorenzo, Pietro e Lavínia - meu orgulho e minha paixão, todos presentes aqui. A experiência adquirida ao longo da carreira nos tranquiliza quanto ao fato de estarmos preparados e com disposição para continuar distribuindo Justiça em nosso Tribunal Bandeirante, sempre tendo na lembrança a valiosa advertência de Goethe: “realiza o justo, e tudo mais se fará por si”. Realiza o justo e tudo mais se fará por si como lema de vida.

É tempo de olhar para trás, ver e recordar que, sem a convivência e a amizade de algumas pessoas, o caminho teria sido muito mais difícil. Bem por isso, Senhor Presidente, é hora de agradecer. Eu principio pela figura de um familiar, de minha irmã que também se faz presente, Maria Aparecida Paschoalão. Infelizmente para nós, temos pai e mãe falecidos. Desde o falecimento prematuro de nosso pai, Júlio Paschoalão, aos 36 anos de idade, infelizmente, não descansou essa minha irmã em trabalhar arduamente, estudar, saindo da linha de pobreza e galgando os cargos de Procuradora do Estado de São Paulo e, depois, ao Ministério Público da União, onde veio a se aposentar. Eu gostaria também de fazer uma menção, não sei se ele está presente, ao eminente Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, que foi meu Professor da então cadeira de Direito Comercial e um grande incentivador da vinda à segunda instância; aos colegas da 23ª Câmara de Direito Privado, que me abraçaram e orientaram o trabalho em segunda instância, quando para cá me removi. Assim como aos in-

Acesso ao Sumário

tegrantes das 12ª e 14ª Câmaras de Direito Privado que, por igual, me propiciaram um ambiente de trabalho com aprendizado e fecundidade na arte de julgar, meu profundo reconhecimento e gratidão. Também registro o reconhecimento a todos os servidores do meu gabinete: Antônio Carlos, Lucas, Leonardo, Luciana Carmen e Daniela, que não medem esforços para a entrega de trabalho com presteza e qualidade.

Já finalizando, Senhor Presidente, para não me alongar, agradeço de coração a honrosa presença de todos a essa solenidade, com a certeza de futuro, de esperança nos homens e confiança em Deus.

Muito obrigado.

IASIN ISSA AHMED (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e de Lavínio Donizetti Paschoalão, como Desembargadores do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 21.10.2022).

(Saudações aos presentes).

Senhoras e Senhores, dou início a minha fala abraçando todos os componentes de ontem e de hoje da Câmara Especial, onde eu nasci faz mais de oito anos como Juiz Substituto de Segundo Grau; e ali me graduei para a nova fase de minha vida funcional, agora no honroso cargo de Desembargador. Na pessoa do Vice-Presidente, Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, atual Presidente da Câmara Especial, cumprimento todos os Juízes e Juízas Substitutos em Segundo Grau que atuaram e atuam nessa Colenda Câmara - sem esquecer, é claro, de todos os Eminentes Desembargadores e Desembargadoras do atual quadro e daqueles que formaram as composições anteriores.

Algumas pessoas que me cumprimentaram pela promoção a Desembargador afirmaram que, doravante, trabalharei menos. Ledo engano. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é considerado o maior tribunal do mundo em volume de processos e número de julgadores. Assim foi noticiado no site do Consultor Jurídico no ano de 2008, onde constou que a demanda só é alta porque a população acredita na sua justiça. Nem de longe se poderá pensar que escasseia o trabalho nesse egrégio sodalício. E, diante dessa ingente tarefa de relevante repercussão para a paz social, são necessários homens e mulheres de fibra e tenacidade, à altura das questões trazidas nos autos dos processos de diferentes temas. Hoje, ao perfilar-me a essa plêiade de incomparáveis Desembargadoras e Desembargadores, sinto-me rejuvenescido e constato como vivas as duas medalhas que recebi em homenagem ao Movimento Constitucionalista de 1932, o MMDC. Denodo e empatia aos jurisdicionados convivem na minha

Acesso ao Sumário

nova jornada. O juramento de fazer cumprir a lei, firmado por mim há 36 anos, também remoça, mas em tempos difíceis pelos quais o país e o mundo passam. Precisamos de homens e mulheres de bem comprometidos com o belo e o justo. Só assim melhoram as instituições e a sociedade. Uma inteligência sem bondade é prenúncio da maldade. Novamente, prometo usar de toda a arte de fazer justiça com o sentimento do que é considerado certo, prudente e, principalmente, bom. Tenho vívido orgulho de unir-me aos seletos julgadores deste Tribunal e empregarei o melhor de mim na realização do Direito.

Gratíssimo a todos.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Iasin Issa Ahmed e Lavínio Donizetti Paschoalão (Cerimônia realizada em 21.10.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

É uma honra imensa, para mim em especial, dar posse a novos Desembargadores. Quando o Desembargador Iasin Ahmed foi convidado para a Câmara Especial, eu era Presidente da Seção de Direito Público. Já havia tido contato com o Doutor Iasin, em 2013, por isso falei que seria uma grande aquisição à Câmara Especial, no que o concordaram o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, o Desembargador Artur Marques da Silva Filho e o Decano à época, que era o Desembargador Sérgio Jacintho Guerrieri Rezende. O senhor passou a integrar a Câmara e trouxe todo o seu conhecimento sobre Infância e Juventude, todo o arcabouço de anos na Vara da Infância e da Juventude de Santo Amaro, uma vara muito pesada, pela qual passei nos idos de 1986. Assumi quando era titular o Desembargador Samuel Alves de Melo Júnior, que depois foi Presidente da Seção de Direito Público. É a mais pesada do país de infância e juventude, que compreende uma área territorial enorme, praticamente divisa com o litoral sul, e que conjuga da alta sociedade a um nível social mais baixo economicamente, em uma situação diferenciada. E o senhor soube lidar com isso com galhardia e trouxe todo esse conhecimento à colenda Câmara Especial e tem o reconhecimento de todos os Desembargadores, todos os colegas que por ali passaram, da Advocacia, da Defensoria Pública e do Ministério Público. Então, para o Tribunal é uma honra imensa e para mim, em particular, também.

Sobre o Doutor Lavínio, de São José do Rio Preto, tenho 512 mil referências. A Desembargadora Ana Luiza Liarte gosta muito de Sua Excelência, aprendeu muito com Sua Excelência. Quando estive em São José do Rio Preto

Acesso ao Sumário

pude perceber o quanto Vossa Excelência é respeitado, é admirado pelos colegas, pelos Advogados, Promotores, Defensores Públicos... Isso é de uma importância sem igual. E tem o respeito igualmente de todos os servidores.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, como foi dito, o maior do país ou maior do mundo, com certeza merece seus créditos, não pelo seu número de desembargadores, de forma nenhuma. O Tribunal de Justiça, pelos números do Conselho Nacional de Justiça, detém uma movimentação processual de 22 milhões de processos. Essa movimentação equivale a aproximadamente 27% da movimentação nacional, somando os 27 Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais do Trabalho e os Tribunais Militares. Ou seja, nesse Tribunal são decididos por seus Juízes e seus Desembargadores 27% da movimentação nacional. Não há Tribunal no mundo que julgue o que nós julgamos e que tem a produção que nós temos. Aliás, todas as vezes que recebemos Juízes americanos, ingleses, franceses, alemães ou portugueses, eles ficam pasmos com o número de processos que são julgados. É um número muito alto. E o Tribunal de Justiça, os seus Magistrados - Desembargadores e Juízes -, com o auxílio fiel e permanente de seus Servidores, que merecem todos os aplausos, têm conseguido superar todas as dificuldades.

E os senhores integram esse Tribunal neste momento e correspondem ao anseio da Corte, que é o anseio do jurisdicionado: da melhor jurisdição, a melhor jurisdição possível, com a brevidade que lhe cabe e com o conhecimento que cada um dos senhores tem. lsso engradece o Tribunal de Justiça e daí, vou falar de novo, me honra profundamente dar posse aos senhores.

Muitíssimo obrigado. Declaro encerrada esta sessão solene.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA (Professor Titular da PUC-SP)

Discurso proferido por ocasião da entrega do "Colar do Mérito Acadêmico" da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, ao Desembargador Ricardo Mair Anafe, em nome dos Formandos de 1981 (Cerimônia realizada em 08.11.2022).

Acesso ao Sumário

Excelentíssima Senhora Professora Doutora Maria Amalia Andery, Magnífica Reitora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Vidal Serrano Nunes Jr., Digníssimo Diretor da Faculdade de Direito da PUC/SP.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, em cuja pessoa peço vênia para saudar a todas as autoridades, professores, funcionários e alunos presentes nesse anfiteatro.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Minhas senhoras e meus senhores.

É uma grande honra, para mim, fazer uso da palavra, nesta sessão solene, na qual o eminente Desembargador Ricardo Mair Anafe, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, receberá o Colar de Mérito Acadêmico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A ocasião é de grande júbilo, porque representa elevada marca na carreira vitoriosa de Sua Excelência, que se destaca entre os mais respeitados e competentes juristas de sua geração.

O local do evento não poderia ser mais apropriado: a Faculdade de Direito da PUC/SP, onde se formaram a mente e o espírito de nosso homenageado. Aqui ele aprimorou o conhecimento dos valores humanos, como a liberdade, a coragem cívica, a responsabilidade social, a justiça.

Aqui também aprendeu o real significado da palavra "*entusiasmo*" (em grego, "*um deus interior*"). E foi justamente esse "*deus interior*" que lhe deu a atitude intelectual otimista, ágil e dialética que o caracteriza.

Não é fácil traçar um retrato com retoques à perfeição do Desembargador Ricardo Mair Anafe, tantos os seus cargos, atividades e obras. Anima-me, porém, a circunstância de conhecer de perto nosso homenageado.

Realmente, em 1980, fui seu Professor de Direito Tributário, no então 4º ano letivo, do Curso de Bacharelado da nossa querida Faculdade de Direito, e pude apreciar muitas de suas qualidades. Recordo-me de depressa haver me impressionado com seu vocabulário rico e elegante, com a profundidade de seu raciocínio, com o sopro de sua genialidade, que então já se manifestava.

Na ocasião, o aluno Ricardo revelava o condor adestrando as asas, preparando-se para alçar voo às mais altas cordilheiras do Direito. E esses prognósticos favoráveis depressa se revelaram corretos.

Bacharel em Direito, da Turma de 1981, logo se destacou como Advogado e, já em 1985, ingressou, como Juiz Substituto, na Magistratura de São Paulo, onde fez uma carreira fulgurante.

Foi Juiz de 1ª entrância na Comarca de Santa Fé do Sul, Juiz de 2ª entrância na Comarca de Cruzeiro, Juiz de 3ª entrância da Comarca de Mogi das Cruzes, Juiz de Direito Auxiliar de São Paulo, Juiz de Direito de Entrância Especial na 2ª Vara da Fazenda Pública Central de São Paulo, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Presidente da sua Seção de Direito Público, Corregedor-geral da Justiça e, hoje, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ao chegar à Presidência desta alta Corte, o maior Tribunal de Justiça do mundo, o Desembargador Ricardo Anafe atingiu o ápice da sua jornada vitorio-

sa, de onde agora pode contemplar, lá embaixo, o que ficou: as veredas vencidas, os galardões conquistados, a vida bem vivida, a certeza do futuro, o respeito de si próprio e dos seus insubstituíveis valores.

Abro aqui um ligeiro parêntese, para dizer que Ricardo Mair Anafe é uma das mais brilhantes inteligências da Magistratura paulista, que vem se dedicando, há décadas – e sempre com bom êxito – à difícil missão de aplainar os caminhos da Justiça, a fim de que todos os homens que a procuram recebam o que lhes é devido (*suum cuique tribuere*).

Trata-se, sem favor algum, de uma pessoa naturalmente nobre e generosa, voltada à amizade e ao diálogo, e – repito – à nobre tarefa de corresponder às expectativas dos que creem na justiça da Justiça.

De fato, quem se dá conscientemente a esse duro ofício – o ofício de julgar –, percebe, nas decisões do Desembargador Ricardo Mair Anafe, entre outras virtudes, o cuidado de redação, o estilo saborosamente clássico, a seriedade da pesquisa científica e, acima de tudo, o gênio criativo. Com o refinamento de sua erudição, consegue a façanha de musicar até o prosaico tributo.

Entendo imperioso dizer, a esse propósito, que, sempre com grande dedicação, estudou e estuda diariamente, a Ciência do Direito Tributário, que conhece, como poucos. Sabe que nada justifica o chamado "*extrativismo fiscal*", dinâmica pela qual o Estado retira as riquezas da sociedade, valendo-se de uma tributação atrabiliária. Nem mesmo o objetivo, sem dúvida louvável, mas sempre secundário, de solucionar os "problemas de caixa" das pessoas políticas.

Sua Excelência não ignora que, se, por um lado, o contribuinte tem o dever de pagar tributos, por outro, possui o direito fundamental de economizá-los, sempre que a Constituição e as leis que com ela se ajustam não o proíbam de fazê-lo.

Registro, por oportuno, que este, evidentemente, é apenas um ligeiro esboço do imenso curriculum vitae do Desembargador Ricardo Mair Anafe. Um currículo notável – frise- se –, que revela seu labor profícuo e múltiplo. Não há como, porém, em tão breve tempo, como este que me é destinado, desincumbir-me, por inteiro, da missão de apresentar-lhes toda a biografia.

Alguns pontos, no entanto, carecem de ser mais bem desenvolvidos.

Com efeito, o Desembargador Ricardo Mair Anafe é, acima de tudo, um homem de princípios, de posições definidas, que, pela força irradiante de suas qualidades, é por todos respeitado.

Pessoas como ele, verdade seja, são raras, pois está entre as que não desertam, entre as que não capitulam, entre as que não se aviltam, entre as que não se vendem. Está, em suma, com a Verdade; com a Verdade que liberta, nas palavras imorredouras de Cristo. E por estar com a Verdade, não se preocupa se, algumas vezes, corre o risco de ficar só.

Acesso ao Sumário

Minhas senhoras e meus senhores!

Certa feita, li em um livro: já repararam na diferença que existe entre o barro e a rocha? O barro qualquer chuva dilui, qualquer enxurrada carrega. Já, a rocha, arrosta a tempestade, enfrenta o vento, o mar proceloso e permanece íntegra. Assim são os homens, fracos e fortes, como o barro e a rocha. Os primeiros, trocam o melhor pelo mais cômodo e acabam em algum desvão da vida: são os homens-barro. Já, aos outros, as vicissitudes e as adversidades mais e mais agigantam: são os homens-rocha.

Pois bem. A essa última categoria – a categoria dos homens-rocha – pertence o Desembargador Ricardo Mair Anafe. Enfrentou – e enfrenta –, com destemor e competência, os obstáculos que a vida lhe colocou e lhe coloca.

Por outro lado, há quem diga – os fatalistas – que o destino dos homens está escrito nas estrelas. Talvez o de alguns. Há homens, porém, que são os donos do próprio destino.

Ricardo Mair Anafe é um destes homens. É um infatigável edificador da própria vida. Tudo nele respira atualidade, finura de percepção, rica sensibilidade, brilho de alvorecer, estrela que rompe a neblina e vence a escuridão.

Prezados Amigos (que, aqui, somos todos amigos)!

O tempo, em sua marcha inexorável, a tudo corrompe, como bem o perceberam os antigos gregos, quando forjaram o mito de Chronos, que devora os próprios filhos. Mas há um tempo que fica e gera eternidade. É o tempo de quem consegue manter o ideal, realizar seus objetivos, alçar seus trabalhos à ordem do imutável.

Este é o tempo de Ricardo Mair Anafe, que luta diuturnamente para investigar e transmitir a Justiça. E – assinale-se – com bom êxito, lançando, ao longo de seu caminho, as searas de luz e os frutos da sua cultura.

Assim procedendo, coloca a judicatura a serviço do aperfeiçoamento humano. Isso porque em Ricardo Mair Anafe o cientista do Direito habita o Juiz, como o raio habita o trovão.

A respeito, não devemos nos esquecer de que a Justiça leva a Deus, ainda mais para quem, como nosso homenageado, possui grande religiosidade, sendo cumpridor assíduo de seus deveres de Católico Apostólico Romano.

Observo, por vir de molde, que, apesar de todas essas qualidades – e exatamente por isso –, Ricardo Mair Anafe é um homem modesto. Modesto porque sabe. Modesto como Sócrates que, apesar de ser o mais sábio do seu tempo, dizia "*só sei que nada sei*". Mas quanto Sócrates sabia (tanto que, diante dele, já desfilaram reverentes mais de vinte séculos de Filosofia). E quanto Ricardo Mair Anafe sabe.

Como veem, minhas senhoras e meus senhores, a ele calham bem estas

Acesso ao Sumário

palavras de Leonardo da Vinci, o maior gênio que existiu sobre a face da Terra: "*Pouco conhecimento faz com que as pessoas se sintam orgulhosas. Muito conhecimento, as tornam humildes. De fato, as espigas sem grãos erguem desdenhosamente a cabeça para o céu; já, as repletas de grãos, baixam-na humildemente para a Terra, mãe de todos nós*".

Aqui chegado, o mínimo que posso lhes dizer é que, para mim, é um imenso privilégio viver no mesmo momento histórico desse espírito superior, que é Ricardo Anafe e, mais do que isso, em poder privar de sua amizade.

Por todos estes motivos, não sei a quem devo cumprimentar mais: se ao Desembargador, pela sua vida notável, se à Faculdade de Direito da *PUC/SP*, pelas qualidades de seu antigo aluno, ou se à sua merecida legião de admiradores, entre os quais, com muita satisfação me incluo.

De qualquer modo, saúdo ao sacerdote do Direito, que, na sua humildade, parece pedir perdão à própria grandeza, pelo muito que tem realizado, com seu pensamento em ação, com sua inteligência ímpar e com a integridade de seu caráter, marca de nascença.

Muito mais poderia falar-lhes sobre a vida e a personalidade deste verdadeiro patrimônio do Poder Judiciário paulista, o Desembargador Ricardo Mair Anafe, num nunca acabar de referências e elogios, mais do que justos, necessários, diante de uma existência já tão plenamente realizada, mas que – *Deo gratias* – prossegue em sua trajetória vitoriosa, com ritmo de trabalho intenso e com grande calor humano.

Para alcançar tais culminâncias contou – e conta – com o apoio precioso de sua bem constituída família, especialmente de sua esposa, a também Desembargadora Ana Luiza Liarte, de seus filhos Ricardo e Rebeca e de seus netos Ricardo, Mateus, Guilherme, Lili e Siena, que, com todo o seu encanto, lhe dão a tranquilidade e a alegria, bases de que todos necessitam, para as lutas diárias.

Ademais, justo é dizer que nosso homenageado impressiona pela cultura humanística, pela verve e pela extraordinária capacidade de compreender o momento histórico e de interpretar os sentimentos do mundo jurídico.

Acesso ao Sumário

Mas, a maior qualidade do Desembargador Ricardo Mair Anafe é o dom que tem de inspirar confiança nas relações pessoais. É, sem favor algum, uma pessoa muito querida por todos, em face de suas extraordinárias condições humanas de simpatia, bom humor, entrega ao próximo e espírito de colaboração.

Enfim, por proposta do Professor Doutor e Desembargador Christiano Jorge Santos, aprovada, por unanimidade, pelo Egrégio Conselho da Casa, presidido pelo Professor Doutor Vidal Serrano Nunes Jr., é a esse homem, o Desembargador Ricardo Mair Anafe, que hoje se concede, com todas as homenagens, o Colar de Mérito Acadêmico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Nada mais.

Muito Obrigado.

FÁBIO ULHOA COELHO (Professor Titular da PUC-SP)

Discurso proferido por ocasião da entrega do "Colar do Mérito Acadêmico" da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, ao Desembargador Ricardo Mair Anafe, em nome dos Formandos de 1981 (Cerimônia realizada em 08.11.2022).

Exmo. Sr. Prof. Vidal Serrano Nunes Junior, Direito da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Exmo. S. des. Ricardo Mair Anafe, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e agraciado nesta cerimônia com o Colar do Mérito Acadêmico da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Demais autoridades presentes, cujos nomes já foram declinados.

Meus colegas docentes da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Alunas e alunos.

Senhoras e senhores.

O ilustre homenageado desta manhã e eu nos formarmos aqui na PUC na mesma turma – a turma de 1981.

Por isso, nesta cerimônia de entrega do colar do mérito acadêmico outorgado ao Excelentíssimo Desembargador Ricardo Anafe pela Faculdade de Direito da PUC-SP eu fui encarregado, pelo nosso Diretor, Prof. Vidal Serrano, de fazer a saudação em nome dos formandos de 1981.

Não preciso dizer do muito que me honrou esta incumbência e pela qual agradeço ao Prof. Vidal.

Nesta modesta saudação, sou também o porta-voz de todos os nossos colegas, Desembargador Anafe, que são ou foram docentes da Faculdade de Direito da PUC-SP.

São muitos!

Para não me esquecer de ninguém, pedi ajuda à nossa querida Cidinha.

E ela foi buscar o Termo de Colação de Grau n. 257, ata da cerimônia ocorrida em 21 de dezembro de 1981 nesta mesma sala.

Em ordem alfabética, além de mim, são ou foram professores desta Casa os seguintes formandos da turma de 1981:

Alberto Zacharias Toron

Antonio Lopes Monteiro

Acesso ao Sumário

Everaldo Cambler
José Arthur Lima Gonçalves
José Eduardo Martins Cardozo
José Roberto d'Affonseca Gusmão
José Rui Pereira
Josué de Oliveira Rios
Marco Antônio Marques da Silva
Osvaldo Palotti Júnior
e
Sérgio Luís Mendonça Alves

Sabemos todos como são especiais as amizades cultivadas nos bancos universitários.

São amizades sedimentadas na juventude, quando tudo é muito vigoroso e ao mesmo tempo cercado de incertezas.

Compartilhamos com os colegas de turma os tempos em que se misturam as convicções sólidas e as hesitações angustiantes; os tempos em que a vida oferece múltiplos caminhos e adverte que a nossas escolhas serão decisivas; compartilhamos com os colegas de turma da faculdade as grandes certezas e as tormentosas dúvidas da transição juvenil, essa precária ponte que liga a infância à vida adulta.

E certamente por isso, as amizades da faculdade são muito especiais.

Sabemos que vamos reencontrar várias vezes os nossos colegas ao longo da trajetória profissional, quaisquer que sejam as nossas escolhas.

Desembargador Anafe, Vossa Excelência hoje preside o maior Tribunal de Justiça do mundo.

E os desafios do cotidiano de Vossa Excelência são proporcionais à extraordinária dimensão e à importância única do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Permita-me destacar um desses desafios.

Um desafio que chamou a atenção desse professor de direito comercial.

Refiro-me à conclusão exitosa do processo de especialização judicial em direito empresarial, tanto em primeiro como em segundo grau.

Um processo iniciado há 17 anos, em 2005, com a implantação da Câmara Reservada de falência e recuperação de empresas no Tribunal e a criação de duas varas especializadas na comarca de São Paulo.

O processo de especialização em direito empresarial conclui-se agora, durante o mandato de Vossa Excelência como presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foram criadas mais duas varas especializadas regionais.

A partir de sua decisão, Desembargador Anafe, as principais ações de direito comercial são agora julgadas por juízes especializados em todo o Estado de São Paulo. Vossa Excelência traz a bom termo, assim, uma iniciativa da justiça paulista que produziu os esperados frutos de aumento da segurança jurídica indispensável ao regular funcionamento da economia.

Uma iniciativa que vem sendo replicada por tribunais de justiça de vários outros estados da Federação.

Nem todos, Desembargador Anafe, entendem a importância da especialização em direito empresarial para o desenvolvimento da economia nacional. Outros se apegam a preconceitos em relação a juízos regionais, investidos de competência sobre um grupo de comarcas próximas.

Mas, a liderança de Vossa Excelência amaina as resistências e afiança o acerto da medida.

Ao lhe conceder o colar do mérito acadêmico, a Faculdade de Direito da PUC- SP não apenas homenageia a vistosa trajetória profissional de um de seus discentes.

Afinal, a concessão da honraria a Vossa Excelência é uma honra ainda maior para a própria instituição outorgante.

A Faculdade de Direito da PUC-SP fica honrada em ver o seu aluno à frente do mais elevado cargo da magistratura paulista.

E nós, da turma de 1981, estamos muito felizes e ficamos igualmente honrados em ter Vossa Excelência, Des. Ricardo Anafe, como colega.

Leve, por favor, a mensagem de que somos admiradores de sua trajetória profissional e de que zelamos pela amizade nascida nos bancos universitários de nossa querida *Alma Mater*.

Obrigado a todos pela atenção.

ROBERTO MAIA FILHO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Fernando Reverendo Vidal Akaoui (Cerimônia realizada em 17.11.2022).

Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Ricardo Mair Anafe. Agradeço-lhe sobremaneira pela honra de ocupar esta tribuna. Peço licença para, na vossa pessoa, saudar as Eminentes Autoridades, bem como as Doutoras e os Doutores, as Senhoras e os Senhores que, com a digna presença, engrandecem esta solenidade.

Acesso ao Sumário

A saudação especial ao empossando segue aqui, Excelentíssimo Desembargador Fernando Akaoui. Para falar de quem tenho apreço, como testemunha hoje compareço. Aqui estando, nesta qualidade, presto o compromisso de dizer a verdade. Irei só responder, bom e fielmente dedicado, ao que eu souber e ao que me for perguntado. Não me considero impedido ou suspeito, não me coloco na posição de amigo do peito, nem de chegado íntimo ou inimigo capital, mas sim um admirador de pessoa séria e leal. Também assumo o compromisso de ser breve, pois delongar nunca se deve, no latim, *esto brevis et placebis*. Assim se dizia, no império romano, lá atrás, sê breve e agradarás. Tenho tudo na memória, vou contar a sua história.

Iniciou a carreira no litoral paulista, trabalhamos juntos na Baixada Santista. Ele é de lá, filho natural, de coração; já, eu, socioafetiva é a minha filiação. Vi como Juiz de Direito, na linha de frente, um Promotor de Justiça combativo e diligente. Testemunhei o seu empenho, uma vida dedicada, com competência demostrada a cada jornada. Seguindo a carreira, cumprindo a missão, para Desembargador veio merecida nomeação. Este Tribunal lhe recebe, testado e aprovado, engalanado, de braços abertos e bem honrado. Já podes tirar a beca e vestir a toga; estás pronto, maduro e a toda prova. Há muito a ser pacificado, em tempos de mundo conflagrado e de país agitado. O momento é conturbado. Nada mais adequado a um Magistrado vocacionado, cujo lugar estava reservado e bem guardado. Que sua sabedoria e temperança prosperem e, em todas as Cortes e instâncias, reverberem. Vinte e sete anos no Ministério Público, inegável vivência, além da rica experiência na Docência. És um graduado Mestre e laureado Doutor. Do mestrado, na Unisanta, o seu Coordenador. Renomada instituição de ensino, me lembro bem. Por saudosos oito anos eu lá lecionei também. Boas lembranças se esvanecem com o vento, mas foi esculpido em pedra o indelével momento. Integrastes o Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente –, atento, cuidadoso e assaz consciente. Preocupado com o futuro da nossa gente. Concluindo, chego ao fim. Perdoem por me expressar assim, no sagrado território de Paulo Bomfim. Cometo verdadeira heresia, arriscando na poesia. Quem sabe aprendo um dia. Como sabemos, o tempo passa correndo, insuficiente à grandeza do Fernando Reverendo. Aliás, este patronímico lhe faz justiça, pois seja numa corte, seja numa missa, o sacerdócio equivale, tem grandeza similar e, o que é seu, a cada um se deve dar. Parabéns e seja sempre feliz aqui, estimado Fernando Reverendo Vidal Akaoui.

Acesso ao Sumário

MÁRIO LUIZ SARRUBBO (Procurador-Geral de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Posse Solene do Desembargador Fernando Reverendo Vidal Akaoui (Cerimônia realizada em 17.11.2022).

(Cumprimentos).

A solenidade de posse do Doutor Fernando Reverendo Vidal Akaoui, o mais novo integrante do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo Quinto Constitucional do Ministério Público, marca um momento de saudável e necessária renovação dos integrantes da mais alta Corte de Justiça do Estado de São Paulo e a maior Corte de Justiça do nosso Brasil. É um momento, por outro lado, de consagração do pluralismo político enquanto fundamento da nossa República e, mais do que isso, de valorização do sistema de Justiça, que passa a contar com um profissional de experiência, com um profissional experimentado, que contribuirá, com toda a certeza, como fator de equilíbrio para a Magistratura nas suas decisões.

É sob esse prisma que, pela terceira vez no ano de 2022, experimentamos, nós, membros do Ministério de São Paulo, um sentimento absolutamente contraditório. Se por um lado nutrimos sentimento de perda de mais um dos nossos mais firmes, dedicados e competentes membros, por outro lado não escondemos nossa felicidade, pois sabemos que o nosso – permitam-me falar assim – o nosso Tribunal de Justiça e a população de São Paulo ganham um grande Desembargador. Ajudar na construção de um país verdadeiramente democrático, transformar o Brasil em um real estado democrático de direito é vocação do Ministério Público, sim, mas também do Poder Judiciário.

Democracia, estado democrático de direito, são temas que estão na ordem do dia. Após a queda da União Soviética, a democracia liberal virou a forma de regime dominante no mundo. Parecia imutável até mesmo no Brasil que, em pouco mais de duas décadas, suportou dois impeachments no Poder Executivo sem que nossos alicerces democráticos fossem abalados. Observação da história, no entanto, nos revela que uma nação verdadeiramente democrática não alcança esse patamar sem enfrentar grande e profunda crise. E é nesse momento de crise que os verdadeiros pilares da democracia são testados. É nesse momento de dificuldades quase invencíveis que surgem grandes instituições que, com seriedade, serenidade e em estrita obediência à ordem jurídica, garantem a não ruptura e consolidam os alicerces constitucionais do estado de direito. Senhoras e Senhores, a nossa democracia resiste, a nossa democracia resistirá, graças ao Poder Judiciário, graças ao Ministério Público. O processo eleitoral complexo e polarizado que ainda vivenciamos vem sendo conduzido com maestria pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pelo Poder Judiciário Estadual e pelo Ministério Público de São Paulo. As nossas instituições, Desembargador Anafe,

Acesso ao Sumário

Desembargador Galizia, e demais Presidentes que aqui se encontram, não faltaram à população brasileira, e garantiram e garantirão que o sistema democrático e as liberdades prevalecerão em nosso país. Este sadio e corajoso comportamento institucional resulta do trabalho intenso do senso de Justiça, da sensibilidade social e da lealdade para com os nossos verdadeiros guias, a lei e a Constituição Federal.

São justamente estas as características do Doutor Fernando Reverendo Vidal Akaoui. Professor universitário notabilizou-se no Ministério Público por sua atuação na área ambiental, no Tribunal do Júri, na coordenação do nosso CAEX, na nossa Escola Superior e em muitos outros cargos e funções. Fernando Akaoui é homem de palavra. Fernando Akaoui é homem de pensamento, é homem de ação. Tem a palavra do tribuno, o pensamento do idealizador e a ação do grande gestor. Agora resta o agradecimento a esta Corte, Desembargador Anafe, pelo acolhimento de mais um dos nossos ilustres membros. Resta o agradecimento a Fernando Akaoui pelo trabalho, dedicação e lealdade para com a instituição Ministério Público. Encerro saudando a nossa querida Karina, esposa do empossando, bem como seus filhos Felipe e Victor e sua filha Fernanda, augurando ao hoje Desembargador Fernando Akaoui uma linda e profícua trajetória na Magistratura, informada pelas melhores inspirações. Não lhe faltam também competência, conhecimento jurídico, equilíbrio e a energia de um jovem Promotor de Justiça substituto.

Sucesso.

Muito obrigado.

FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene como Desembargador do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 17.11.2022).

Acesso ao Sumário

(Cumprimentos).

A abertura de uma vaga para o cargo de Desembargador neste sodalício pelo Quinto Constitucional me fez refletir sobre minha experiência profissional e pessoal, questionando-me se eu poderia contribuir com o enfrentamento do imenso número de processos que aqui aportam para o julgamento de recursos e ações originárias e para a formação da jurisprudência deste Tribunal. Que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é o maior do mundo, em todos os números pelos quais se queira desenvolver uma pesquisa, não é novidade para quem está integrado no mundo jurídico. Todavia, o que se mostra muito mais relevante é o papel que esta Corte de Justiça tem na formação da jurisprudência pátria, servindo de parâmetro para os operadores do Direito de todo o país. Daí

a responsabilidade em colocar meu nome à disposição deste Tribunal, pois, se tudo desse certo, eu teria a honra de ombrear nomes de destaque nacional e ocupar uma cadeira na corte onde juristas como Hely Lopes Meirelles, Manoel da Costa Manso e José Frederico Marques judicaram. Com o espírito tomado de euforia por um futuro junto a esta Corte de Justiça, tomei a decisão de me candidatar ao cargo de Desembargador, passando a noticiar o fato aos meus amigos mais próximos que, em momento algum, titubearam em me apoiar. A começar pelo meu querido amigo, verdadeiro irmão, Mário Luiz Sarrubbo, o competente Procurador-Geral de Justiça, defensor intransigente do estado democrático de direito e, tal como eu, devoto de São Judas Tadeu, que hipotecou seu apoio incondicional à minha pretensão. Abro um parêntese aqui, rápido, para também agradecer ao nosso Corregedor-Geral do Ministério Público, meu querido amigo Motauri Ciocchetti de Souza, e aos Subprocuradores-Gerais de Justiça Wallace Paiva Martins Júnior, Vidal Serrano Nunes Júnior e José Carlos Cosenzo. Logo verifiquei que minha decisão não era um devaneio. E quem me mostrou isso foram justamente aqueles a quem noticiei o fato, pois não apenas me incentivaram, mas passaram espontaneamente a trabalhar pelo meu nome. O trabalho se iniciou junto ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, onde tive a honra de receber o voto dos 11 conselheiros, aos quais agradeço de todo o meu coração no nome dos aqui presentes, pois pude sentir que nestes quase 28 anos em que fui membro do Ministério Público Bandeirante devo ter mais acertado do que errado, dada a receptividade em torno do meu nome como sendo adequado para representar a instituição em lista sêxtupla, que se formava. Transposta aquela primeira fase, passei a solicitar atendimento junto aos eminentes Desembargadores, membros do Colendo Órgão Especial deste Tribunal que, gostaria de destacar, me recepcionaram com extrema gentileza. Obtive 23 dos 25 possíveis votos, e sei que se porventura os Doutos Membros daquele colegiado viram algo de positivo em meu currículo ou em minha postura, o que teve peso ímpar foram as manifestações de apoio de prestigiados Magistrados e Membros do Ministério Público de São Paulo. Mostrou-se uma rotina, no início do atendimento, ouvir que eu era muito querido, que tinha muitos amigos, pois Desembargadores e Juízes, Procuradores e Promotores de Justiça, já os haviam contatado para afiançar o meu nome, a compor a lista tríplice que se avizinhava, a qual encabecei. Veio, então, a sonhada nomeação, sob os auspícios de Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo, Rodrigo Garcia. E isto tomou em mim um duplo sentimento, pois, ao mesmo tempo em que eu estava extremamente feliz, empolgado e ansioso para começar a trabalhar pelo Tribunal de Justiça Bandeirante, eu estava deixando a instituição que me acolheu há quase 28 anos atrás e onde construí toda a minha carreira pública.

No Ministério Público de São Paulo cresci como homem e pude, ainda que timidamente, ajudar a melhorar um pouco a vida das pessoas mais humil-

Acesso ao Sumário

des. Sobre o pouco que muitas vezes imaginamos fazer, a Santa Madre Teresa de Calcutá, com grande sabedoria, quando questionada sobre seu extenuante trabalho perante comunidades carentes, dizia: "Meu trabalho é uma gota no oceano, mas sem ele o oceano seria menor". O Ministério Público está tatuado na minha alma para sempre. Lá consolidei algumas das mais importantes de minhas amizades. Amizades eternas. Mas como todo o pai ou mãe que tem mais de um filho e acaba por descobrir que o amor não divide, soma, na minha alma, Presidente, há um lugar gigantesco para a Magistratura paulista.

Durante minha vida profissional sempre procurei me pautar pelos mais elevados valores que foram construídos a partir da educação que recebi, mas, também, do contato com tantos homens e mulheres com quem convivi durante estes anos dentro do sistema de Justiça. E somente por meio de uma conduta ética e corajosa é possível se postar de forma correta frente aos inúmeros desafios que diariamente enfrentamos na busca por Justiça. Theodore Roosevelt, conhecido como "Teddy" Roosevelt, pontuava que a Justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado. Esta frase diz muito sobre duas pessoas que me influenciaram demais na trajetória pública, moldando o meu comportamento diário graças à sua ética, cultura jurídica, liderança, destemor e espírito público e que, coincidentemente, são dois Magistrados. Um aposentado e um da ativa, aqui, presentes.

O primeiro, quis o destino que eu com ele mantivesse contato desde muito cedo, em razão de seu relacionamento com a minha querida prima Sandra, com quem está casado há décadas. Falo de Walter Fanganiello Maierovitch. Homem probo, culto, comprometido com a sociedade paulista e brasileira. Lembrando que foi o primeiro Secretário Nacional Antidrogas. A admiração em relação a ele me levou para a área pública. E o desejo de combater a criminalidade tão bem retratada nos artigos e obras jurídicas de sua autoria – ele que é, certamente, um dos maiores especialistas do mundo em organizações criminosas de um modelo mafioso – me conduziu ao Ministério Público.

Acesso ao Sumário

O segundo me desviou da área criminal e me lançou a tutela dos interesses difusos e coletivos: Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. É um líder por natureza. Homem dotado de uma capacidade intelectual invejável e que a utiliza em prol da sociedade, criando teorias jurídicas fantásticas e que hodiernamente norteiam a jurisprudência do Direito Público brasileiro. Foi o grande incentivador de gerações de operadores do Direito, notadamente Magistrados e Membros do Ministério Público que, graças a ele, conseguiram enxergar no Direito Ambiental uma importância que hoje é de conhecimento geral, mas que, na década de 1990, ainda era por muitos ridicularizada. É um homem à frente de seu tempo e coautor de inúmeros diplomas legais que protegem direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes ao país. Tê-lo como Ministro

do Colendo Superior Tribunal de Justiça é um motivo de orgulho incomensurável para todos os que militam verdadeiramente em favor da sociedade brasileira. Acima de tudo, um amigo, irmão, fiel e que nos empurra para a frente. Sempre cobrando de todos que ele gosta aquilo que ele sabe que estas pessoas podem corresponder.

A vocês dois, muito obrigado por todo o incentivo e ensinamentos. Presidente, eu sou um homem de fé. E na fé em Deus, em nosso Senhor Jesus Cristo, não tenho dúvida de que as coisas maravilhosas que acontecem em minha vida são obra da providência divina. E Deus sempre foi extremamente generoso comigo, no que tange às amizades, que têm um papel relevantíssimo em minha vida. Por isso, quando vejo este salão repleto de pessoas tão especiais, fico realmente emocionado, pois o que estas pessoas verdadeiramente sentem por mim foi capaz de operar milagres.

Há dois anos, desenganado por muitos, me perdoe, em razão de um grave, gravíssimo acidente sofrido, as correntes de orações que se formaram em grupos do Ministério Público, da Magistratura, de Professores da Universidade Santa Cecília e outros tantos, certamente influenciaram em minha completa recuperação. Aliás, abro aqui um rápido parêntese para homenagear a Professora Nilza Pirilo Teixeira, fundadora do Complexo Educacional Santa Cecília e que nos deixou anteontem, mas que nos deixa um legado fantástico na área da educação, tendo transformado uma simples escola na zona portuária de Santos, em um dos maiores complexos educacionais deste país. Presto uma homenagem a todos, meus queridos amigos, irmãos, do coração, na pessoa de nosso orador desta noite, Desembargador Roberto Maia Filho, querido irmão, com quem tive a honra de trabalhar na Comarca de Cubatão na década de 90, assim como, por longos anos, conviver na docência. Um beijo no coração de cada um de vocês que aqui se fazem presentes. Não poderia deixar também de agradecer toda a gentileza do Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, que em absolutamente todas as oportunidades em que me recepcionou sempre me tratou com imensa galhardia, assim como também presto minhas homenagens aos Eminentes Membros do Conselho Superior da Magistratura, com um agradecimento especial ao Desembargador Artur César Beretta da Silveira, que com tanta lhaneza me acolheu na Seção de Direito Privado deste Tribunal, me fazendo sentir em casa. Consigno também um especial agradecimento aos Eminentes Membros do Colendo Órgão Especial, tendo a honra de contar com a presença de alguns deles nesta noite, por toda a gentileza e os conselhos a mim dirigidos. Minha gratidão, ainda, aos Eminentes Desembargadores Miguel Angelo Brandi Júnior, Luiz Antonio Silva Costa, Fernando Pastorelo Kfouri, José Rubens Queiróz Gomes e Ademir Modesto de Souza, integrantes da 7ª Câmara de Direito Privado, à qual agora pertenço, pela forma como me receberam. Aliás, registro que todos os colegas com quem tive contato, até o momento,

Acesso ao Sumário

foram de tocante gentileza, o que agradeço imensamente.

Não esperem de mim menos do que muito trabalho, coleguismo e probidade. Assim sempre me pautei no Ministério Público e assim me pautarei na Magistratura. Agradeço a todos, todas as ilustres Autoridades presentes, com especial agradecimento aos Membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, homens de bem que também abraçaram a minha candidatura e solicitaram de forma republicana minha nomeação. E o faço na pessoa de nosso Secretário de Justiça e Cidadania, Doutor Fernando José da Costa, meu dileto amigo e grande apoiador. A vocês, o meu muito obrigado por confiar em meu nome. Tenham a certeza de que trabalharei incessantemente em prol do povo paulista. À minha equipe, muito obrigado por aceitarem este desafio e por, diariamente, me ajudarem na busca por Justiça. Obrigado, Danilo, Evelyn, Gabriel, Igor, Larissa e Luciano. Vocês têm sido espetaculares.

Agora, sim, meu especial agradecimento à minha família, que sempre me incentivou em todos os meus sonhos, os quais sempre persegui, nunca imaginando que eles não poderiam ser alcançados. Afinal, como dizia Steve Jobs, "cada sonho que você deixa para trás é um pedaço do seu futuro que deixa de existir". E para aqueles que pensam que muitos sonhos são inalcançáveis, fica a lição do Poeta e Dramaturgo francês Jean Cocteau: "Não sabendo que era impossível, ele foi lá e fez". A meus pais, Salim e Regina, pais exemplares, meu eterno amor, e meu obrigado pela educação e valores transmitidos. À minha amada esposa, Karina, companheira inseparável, obrigado por me amar e me aguentar, todos os dias, o que não deve ser fácil. Aos meus filhos, Fernanda, Felipe e Victor, cujo amor não cabe dentro de mim. Vocês me fazem querer ser melhor a cada dia, e contribuir para um mundo onde vocês possam ser respeitados em seus direitos fundamentais. Orgulho-me demais de vocês. Ao meu genro Gabriel, homem de bem, gentil, empreendedor e que é como um filho para nós. Meu muito obrigado pelo companheirismo em todos os momentos. Ao meu sogro, Osvaldo Pucci Junior, muito obrigado pela ajuda diária e pelo companheirismo, também. Quero ainda externar meu amor e gratidão à minha sobrinha Maria Cristina, nome da minha falecida irmã, a meu irmão Marcelo, minha cunhada Elaine e minhas sobrinhas, Roberta e Marcela, que infelizmente não puderem se fazer presentes. Ainda a minha gratidão aos meus queridos e amados primos paternos e maternos. Obrigado por fazerem parte da minha vida.

Que Deus me ilumine e me guie nesta jornada, assim como a todos os Magistrados desta Corte.

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da Posse Solene do Desembargador Fernando Reverendo Vidal Akaoui (Cerimônia realizada em 17.11.2022).

(Cumprimentos).

Quero fazer uma referência toda especial ao Desembargador Fernando Reverendo Vidal Akaoui, que é natural de Santos, formado pela Católica de Santos, assim como a Desembargadora Ana Luiza Liarte, por quem eu tenho muito carinho, por razões evidentes. Ele vem ocupar a cadeira que era da Desembargadora Maria Tereza do Amaral. Tem uma responsabilidade muito grande. Ele já era conhecido, enquanto Promotor de Justiça, não só por sua sabedoria, sua ética, sua honra, dignidade, mas por ser um 'limpa-trilho'. Não sei se o Ministério Público usava essa expressão, mas, na Magistratura, é bem essa a expressão 'limpa-trilho'.

O Presidente da Seção de Direito Privado [Desembargador Artur César Beretta da Silveira] está sorrindo até agora pois o senhor escolheu a 7ª Câmara de Direito Privado, que é do DP 1, uma Câmara fantástica, com grandes integrantes. Lembro quando Sua Excelência, o Ministro Herman Benjamin me ligou, falando do [Fernando Reverendo Vidal] Akaoui, dizendo que lamentava muito que ele ia sair do Ministério Público – como se o próprio Ministro não tivesse saído do Ministério Público e veio engrandecer o Poder Judiciário no Superior Tribunal de Justiça. E agora Vossa Excelência, Fernando Reverendo Vidal Akaoui, está engradecendo o Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Vou fazer um elogio todo especial à Senhora sua mãe, Maria Regina Reverendo Vidal Akaoui, com certeza extremamente orgulhosa. E não tenha dúvida que o vosso pai está olhando, muito orgulhoso, e tem muitas razões para isso. Então, meus parabéns. Parabéns aos pais, que bem educaram o filho, bem criaram o filho. Parabéns à Fernanda, ao Felipe e ao Víctor, pelo grande exemplo do pai, da mãe, e parabéns à Doutora Ana Karina Rodrigues Pucci Akaoui. Porque, afinal de contas, não é só amar, tem que aguentar, não é? Então, como a senhora ama, aguenta e inspira, sem sombra de dúvida. Meus parabéns.

Desembargador, Vossa Excelência é muito bem recebido pelo Tribunal de Justiça; é muito bem-vindo por todos do Conselho Superior da Magistratura. Tenho que informar a ausência de dois Membros do Conselho, o Senhor Vice-Presidente Guilherme Gonçalves Strenger, e o Senhor Corregedor-Geral da Justiça, Fernando Antonio Torres Garcia, que não compareceram porque estão com Covid. Pediram que eu apresentasse a Vossa Excelência as escusas, e o desejo de tudo de bom nessa carreira, nessa nova jornada que hoje se inicia.

Meus parabéns.

Acesso ao Sumário

Declaro encerrada esta sessão solene.

Muito obrigado.