REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 55 – ANO 10

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2023

As íntegras aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto aos órgãos responsáveis do Tribunal.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP (Supervisor da Biblioteca
Desembargador RICARDO SANTOS FEITOSA
Desembargador PAULO ROBERTO GRAVA BRAZIL
Desembargador CÉSAR MECCHI MORALES
Desembargador ANTONIO MÁRIO DE CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 21

b) Apelações 63

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 337

b) Agravos de Instrumento 342

c) Apelações 380

d) Apelações/Remessas Necessárias 516

e) Remessas Necessárias 530

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 533

b) Apelações 565

c) Embargos Infringentes e de Nulidade 655

d) *Habeas Corpus* 658

e) Revisões Criminais 682

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 694

b) Agravos Internos 766

c) Arguições de Inconstitucionalidade 779

d) Conflitos de Competência 784

e) Embargos de Declaração 802

f) *Habeas Corpus* 805

g) Inquéritos Policiais 808

h) Mandados de Segurança 817

i) Representações Criminais 834

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 846

b) Conflitos de Competência 877

c) Conflitos de Jurisdição 892

d) Exceções de Suspeição 902

5- Câmara Especial de Presidentes 906

6- Conselho Superior da Magistratura 941

7- Noticiário 962

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 X, n. 55, jan./fev. 2023 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2023.

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

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
SILVIA ROCHA

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**
Desembargador MÁRCIO ANTONIO BOSCARO**

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***
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY**
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**
Desembargadora MARIA DO CARMO HONORIO**
Desembargador MÁRCIO ANTONIO BOSCARO**
Desembargador ADEMIR MODESTO DE SOUZA**

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

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

Desembargador LUIZ ANTONIO Silva COSTA
Desembargador MIGUEL Ângelo BRANDI Júnior
Desembargador Fernando PASTORELO KFOURI***
Desembargador FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI
Desembargadora Maria LIA Pinto PORTO Corona
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES**
Desembargador ADEMIR MODESTO DE SOUZA**

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 BENEDITO ANTONIO OKUNO**
Desembargador VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**
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**

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**
Desembargador EMÍLIO MIGLIANO NETO**

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

Desembargador José Carlos Gonlçalves XAVIER DE AQUINO
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

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 LUÍS Henrique Barbante FRANZÉ
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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

Desembargador SÉRGIO GOMES
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***

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 ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA

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
Desembargadora HELOÍSA Martins MIMESSI
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 618/622)

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

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

26ª Câmara de Direito Privado (salas 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 — 14:00 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 213 — 3ª feira — 13:30 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****
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**

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 — 10:00 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 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 LAERTE MARRONE de Castro Sampaio
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 Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
Desembargador Júlio Caio FARTO SALLES***
Desembargador EDUARDO Crescenti ABDALLA
Desembargador AIRTON VIEIRA
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 WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargadora GILDA Cerqueira ALVES BARBOSA Amaral DIODATTI
Desembargador CLAUDIO LIMA BUENO DE CAMARGO***
Desembargador CHRISTIANO JORGE Santos
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
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
Marco Antonio Martin Vargas

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169370-74.2022.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante DUCKEPEL REPRESENTAÇÕES LTDA., é agravado DAMAPEL INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PAPÉIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 48921)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 12 de dezembro de 2022.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA QUAL TEVE A RECORRENTE INDEFERIDO PEDIDO DIRECIONADO A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA – ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA – GRATUIDADE A PESSOA JURÍDICA – NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA – INTELIGÊNCIA DO ART. 99, §3º, DO CPC – SIMPLES INDICAÇÃO DE CRISE QUE NÃO LEVA A CONCLUIR PELA INSUFICIENCIA DE RECURSOS NECESSÁRIOS AO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 481, NOS MOLDES EM QUE EDITADA PELO C. STJ – ACERTO DA R. DECISÃO INDEVIDAMENTE ATACADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **DUCKEPEL REPRESENTAÇÕES LTDA.**, este tirado contra R. Decisão que vem encartada a fls. 744/745, nos moldes em que proferida em Ação de Indenização por Rescisão Contratual, c.c. Danos Morais e Materiais, proposta contra **DAMAPEL INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PAPÉIS LTDA.**, pela qual foi indeferido pedido de concessão de gratuidade de justiça como requerido pela agora agravante.

Inconformada com os termos definidos pela R. Decisão como proferida, dela recorre a agravante, o que faz na busca de ter por modificado o posicionamento adotado em 1º Grau, pois segundo sustenta, deve ser beneficiada com a gratuidade judiciária pretendida, isto porque não conta com recursos financeiros suficientes que lhe permitam arcar com as custas e despesas processuais, notadamente por enfrentar "gravíssima crise financeira", ressaltando o fato de que se mostra plenamente possível o deferimento da benesse em questão as pessoas jurídicas, razão pela qual pediu para que seja acolhido seu inconformismo, com a decorrente reforma da R. Decisão proferida.

Concedido o efeito buscado, a seguir foram dispensadas informações, sendo certo que a agravada, conforme dá conta por manifestação de fls. 14/20, apresentou sua devida contraminuta, vindo então os autos a este Relator, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já regularmente debatida junto ao 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O inconformismo como noticiado pela agravante não está a merecer acolhida por parte desta Turma Julgadora, uma vez os limites definidos quando da prolação da R. Decisão recorrida se mostraram plenamente adequados no enfrentamento do conjunto probatório como vem encartado ao feito.

De fato, e considerando a realidade dos autos, forçoso destacar que os benefícios da justiça gratuita devem ser concedidos aqueles que, ainda que momentaneamente, não contam com condições de arcar com os custos inerentes ao processo judicial, hipótese esta que não se traduz em realidade no processo como agora recolocado em análise.

Assim, e no que diz respeito as **pessoas jurídicas**, conforme se percebe da leitura do art. 99, §3º, do diploma processual em vigência, bem se conclui que presunção de veracidade reconhecida em prol das pessoas naturais não se estende aos casos como em exame nos feito, isto porque se constitui em verdadeiro ônus da parte, enquanto pessoa jurídica interessada, comprovar **cabalmente** que faz jus ao benefício a tal título pleiteado, entendimento esse, aliás, consolidado pela Súmula nº 481, nos moldes em que editada pelo C. STJ, pela qual resultou definido que: "**Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa**

Acesso ao Sumário

jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.", fato que não se registrou no caso dos autos, notadamente porque a recorrente não apresentou elementos que bem pudessem demonstrar qualquer incapacidade financeira, eventual ou permanente, para que pudesse se beneficiar da pretendida gratuidade judiciária.

Diante de tal realidade, de rigor firmar entendimento no sentido de que a recorrente não juntou ao feito elementos suficientes para corroborar a alegada fragilidade econômica, sendo certo que os documentos por ela encartados a fls. 334/743, se mostraram insuficientes para tanto, porque não dão conta quaisquer indícios de que não conte com condições de arcar com os custos da demanda, principalmente porque não bastam para tanto que dê conta de que vem passando por dificuldades financeiras, ainda mais quando não conta com reais elementos que comprovem sua alegação, motivo pelo qual não devem ser acolhidos os reclamos como deduzidos, de sorte a se manter inalterado o correto e adequado posicionamento adotado pelo Juízo junto ao 1º Grau de Jurisdição, uma vez que, em pese a alegada situação financeira difícil, a empresa se encontra regularmente constituída, gerando negócios e receitas, o que permite concluir que conta com patrimônio suficiente para desenvolver suas atividades e também litigar.

Dando suporte ao quanto decidido, e nesse sentido:

"**GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Pessoa jurídica. Concessão que não pode se dar de forma generalizada. Necessária uma análise mais detida sobre a real potencialidade econômica da requerente. Providência razoável que evita abusos e prestigia os verdadeiramente necessitados. Hipótese em que os documentos apresentados não evidenciaram a alegada falta de condições. STJ, Súm. 481. A despeito da baixa na inscrição perante o CNPJ, verifica-se que ela apresentou, em março de 2021, lucro de R$ 24.978,60, com patrimônio líquido de R$ 43.514,43. Benefício negado. Recurso desprovido.**" (TJSP; Agravo de Instrumento 2050772-64.2022.8.26.0000; Relator(a): Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2022; Data de Registro: 20/04/2022)

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Decisão que indeferiu o pleito de gratuidade da justiça.– Agravo de instrumento interposto por pessoa jurídica pleiteando o beneficio da assistência judiciária – Alegação de insuficiência de recursos financeiros – Descabimento da gratuidade – Necessidade de comprovação da miserabilidade, nos termos do art.98 e ss do CPC – Aplicação da Súmula nº 481 do c. STJ – Documentos que não comprovam as dificuldades financeiras – Precedente do E.TJSP – Decisão mantida – Recurso não provido, com determinação.**" (TJSP;

Acesso ao Sumário

Agravo de Instrumento 2075681-10.2021.8.26.0000; Relator(a): Tania Mara Ahualli; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Adamantina - 2ª Vara; Data do Julgamento: 28/05/2021; Data de Registro: 28/05/2021)

Portanto, diante das colocações lançadas, e da simples apreciação do conjunto como encartado ao todo processado, de rigor se mostra a manutenção da R. Decisão indevidamente guerreada, manutenção esta que se dá com adequado suporte em seus próprios, legítimos, e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, é caso de se negar provimento ao recurso, para tanto observados os exatos limites do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2267061-88.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JEFTE CARLINDO, é agravado BANCO VOTORANTIM S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.170)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente sem voto), JOSÉ TARCISO BERALDO e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Ação revisional – Pleito de concessão da assistência judiciária gratuita ao autor – Argumentos do recorrente que convencem – Deferimento – Agravante que é motorista de aplicativo, e teve o respectivo veículo furtado – Benefício postulado que não é concedido apenas aos miseráveis, mas também àqueles que estejam em situação econômica que não lhes permita arcar com os custos do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família – Ausência de sinais de riqueza que pudessem apontar para a existência de recursos financeiros suficientes para suportar os custos do processo – Decisão refor-

mada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **JEFTE CARLINDO** contra r. decisão (fls. 21/22) que, nos autos da ação revisional movida em face de **BANCO VOTORANTIM S/A**, indeferiu a assistência judiciária gratuita ao autor, assim como o diferimento no recolhimento das custas.

O agravante alega, em síntese, que a declaração de hipossuficiência acostada aos autos é documento apto à concessão da benesse, a qual não é dirigida apenas aos miseráveis. Afirma que a contratação de advogado particular tampouco impede o deferimento do pleito em questão. Aduz que juntou outros documentos que demonstram suas alegações, como extratos bancários, e prova de que não declara imposto de renda, exercendo a atualmente a atividade de motorista de aplicativo. Colaciona jurisprudência pertinente e pugna pela concessão de efeito ativo, com a reforma integral da r. decisão impugnada.

O efeito suspensivo foi concedido (fls. 65/66).

Dispensadas informações do juiz da causa e resposta do agravado.

Não foi apresentada oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, para "*superar os obstáculos que a pobreza opõe ao ingresso em juízo e acesso à justiça*" (Cândido Rangel Dinamarco, Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. 2, 3ª ed, pág. 840), a Constituição Federal assegura àqueles que não dispõem de recursos suficientes o benefício da assistência judiciária (art.5º, inc. LXXIV).

Por outro lado, o art. 98 da Lei nº 13.105/15, dispõe que: "*A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*"

Porém, o deferimento da assistência judiciária gratuita não está adstrito apenas à singela declaração de que a parte requerente é pessoa pobre na acepção jurídica do termo; há que concorrer circunstância que evidencie situação fática de miserabilidade, caracterizada pela inviabilidade de sustento próprio ou da família.

Na hipótese em comento, verifica-se a presença da verossimilhança das alegações do agravante de insuficiência de recursos financeiros para arcar com as despesas e custas processuais.

Consoante os documentos trazidos pelo postulante aos autos principais, este exerce a atividade laborativa de motorista de aplicativo (fls. 30-origem),

Acesso ao Sumário

sendo que o veículo adquirido mediante o contrato objeto da ação em curso teria sido furtado em julho de 2022 (fls. 32/33-origem), circunstância que repercute diretamente no sustento do autor. O extrato bancário de fls. 28/29, por sua vez, aponta baixa movimentação, compatível com a alegada hipossuficiência financeira, ao menos neste momento processual.

O ajuizamento da presente ação fora do domicílio do agravante não tem o condão de, *per se*, afastar a presunção de pobreza firmada, mormente considerando o conjunto probatório colacionado aos autos a demonstrar que, no momento, a parte recorrente não se encontra em condições financeiras de arcar com o valor das custas e das despesas processuais.

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Justiça gratuita indeferida, com fundamento de que o autor teria ajuizado a ação em comarca distinta de seu domicílio, presumindo-se, nesses termos, que teria capacidade financeira – Afastamento – Autor que é confeiteiro, não tem renda e está desempregado – Eventual renúncia ao foro do domicílio do consumidor não constitui suficiente motivo para a negativa de concessão da benesse da Justiça gratuita, eis que se trata de faculdade legal, exigindo-se apenas comprovação da hipossuficiência sócio-econômica do postulante – Precedentes – Benefício da gratuidade concedido – Razões recursais relativas a qualificação do polo passivo que não se coadunam com o quanto decidido Recurso não conhecido neste ponto Recurso conhecido em parte e na parte conhecida, provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2222040-26.2021.8.26.0000; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/03/2022; Data de Registro: 18/03/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Justiça gratuita indeferida, com fundamento no fato de o autor ter ajuizado ação em comarca distinta de seu domicílio – Fato que, por si só, não elide a presunção de hipossuficiência alegada – Demais elementos dos autos que não evidenciam que o autor possui condições de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2075407-80.2020.8.26.0000; Relator (a): Marco Fábio Morsello; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 31ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2021; Data de Registro: 08/02/2021)

No mesmo sentido é a contratação de patrono particular, haja vista as inúmeras possibilidades de remuneração dessa avença, tal como recebimento a *posteriori*, em caso de procedência do pedido formulado, não sendo meio hábil, portanto, de demonstrar renda. Ademais, o Artigo 99, § 4º, do Código de Processo Civil não exclui a concessão da assistência judiciária gratuita nessa circunstância.

Acesso ao Sumário

Diante desse cenário, ressalvado o entendimento proferido pelo juízo 'a quo', não se verificam sinais de riqueza que possam apontar para a presença de recursos financeiros suficientes para suportar os custos da lide.

Frise-se, por oportuno, que para a concessão do benefício legal não é necessário que a parte postulante seja miserável, apenas que demonstre que seus rendimentos são insuficientes para arcar com as despesas do processo.

Conforme precedente citado no CPC Anotado de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, em notas de rodapé ao art. 5º da Lei nº 1.060/50:

"*Somente em situações em que salte aos olhos inexistir a necessidade alegada é que cabe o indeferimento de ofício da assistência judiciária (RT 824/278)*".

Assim, reputa-se cabível a concessão da assistência judiciária gratuita, pois, ao que consta, não possui a parte recorrente condições financeiras para arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.

Observa-se, por oportuno, que o benefício poderá ser revogado na hipótese do art. 100 do CPC/2015, caso haja impugnação da parte contrária, a quem cabe o ônus de provar se o autor possui ou não condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais.

Vide, ainda, entendimento sufragado em casos similares por este E. Tribunal de Justiça, a saber:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ação de declaração de inexigibilidade de débito *c.c pedido liminar de obrigação de fazer – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – PESSOA FÍSICA – PRESUNÇÃO DA DECLARAÇÃO – Benefício da gratuidade que foi indeferido de plano em 1ª instância – Presunção decorrente da declaração de insuficiência de recursos que pode ser elidida por prova em contrário – Hipótese em que o agravante demonstrou estar desempregado, atuando como motorista de aplicativo com renda inferior a 3 salários mínimos – Extratos bancários sem movimentação de valores que evidenciem capacidade financeira capaz de elidir alegação de hipossuficiência – Insuficiência de recursos suficientemente comprovada – Cabível aguardar-se eventual impugnação da parte contrária – Novo Código de Processo Civil que, ao regular alguns aspectos da assistência judiciária, corrobora o entendimento deste relator – Indeferimento, ademais, que se deu em 1ª instância, sem a devida observância do disposto no art. 99, §2º, segunda parte, do NCPC – Inteligência dos arts. 98, 99, §§ 2º, 3º e 4º, e 100, do NCPC – Benefício concedido – Precedentes do C. STJ – Agravo provido". (TJSP; Agravo de Instrumento 2276515-92.2022.8.26.0000; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/11/2022; Data de Registro: 29/11/2022)*

Acesso ao Sumário

"RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (PROTEÇÃO VEICULAR) – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – JUSTIÇA GRATUITA – Justiça gratuita indeferida ao autor em primeiro grau de jurisdição. Documentação apresentada nesta sede recursal comprobatória de que ou autor, motorista por aplicativo que teve o seu veículo incendiado e não obteve a reparação do bem em face das requeridas administrativamente, não dispõe de recursos financeiros de custear o processo sem prejuízo pessoal no momento atual (Código de Processo Civil, artigo 98, "caput'). Decisão denegatória da gratuidade de justiça reformada. Recurso de agravo de instrumento provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2091743-91.2022.8.26.0000; Relator (a): Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2022; Data de Registro: 26/10/2022)

Destarte, a r. decisão vergastada comporta integral reforma, a fim de que seja concedido ao agravante o benefício da assistência judiciária gratuita.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2263600-11.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CARVALHO, KAMEL E MEYER SOCIEDADE DE ADVOGADOS, é agravada HARUS CONSTRUÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, por maioria, sem declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6626)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2022.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. Execução de honorários de sucumbência. Pendência de julgamento de Recurso Especial contra acórdão que rejeitou alegação de impenhorabilidade de valores constritos em conta bancária da empresa executada. Pretensão de levantamento de valores su-

Acesso ao Sumário

periores a cinquenta mil reais, sem a prestação de caução. Inadmissibilidade. Valor expressivo. Dispensa da caução que representa manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação à devedora. Exegese do disposto no artigo 521, parágrafo único do CPC. Precedentes. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto nos autos de cumprimento provisório de sentença processado sob n. 0049445-46.2021.8.26.0100 contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 36ª Vara Cível do Foro Central desta Comarca a fls. 164, que indeferiu pedido de levantamento da importância bloqueada em contas bancárias da devedora via SISBAJUD sem prestação de caução.

A sociedade de advogados exequente, ora agravante, requer a reforma da decisão. Sustenta que o levantamento de créditos de natureza alimentar independe da prestação de caução, como previsto no artigo 521, inciso I do CPC. Não formulou pedido de tutela recursal.

O recurso é tempestivo.

As custas de preparo foram recolhidas a fls. 7/8.

A contraminuta veio a fls. 25/28.

É o relatório.

A sociedade agravante executa honorários de sucumbência havidos do decreto de improcedência sofrida pela empresa agravada nos autos de ação de cobrança c/c rescisão contratual n. 1068989-08.2018.8.26.0100.

O bloqueio da importância devida (R$ 51.809,13, válido para fevereiro/2022) foi impugnado pela devedora. Sua tese de impenhorabilidade foi rejeitada no juízo de origem ao entendimento de que: i) inexistente comprovação de que a quantia seria destinada ao salários de seus funcionários; e ii) a impenhorabilidade do artigo 833, IV do CPC protegeria apenas remuneração percebida por pessoa física. A decisão foi mantida no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2107751-46.2022.8.26.0000 e refutada por meio da interposição de Recurso Especial ao E. Superior Tribunal de Justiça.

É fato que a legislação processual civil autoriza a dispensa da caução exigida pelo inciso IV do artigo 520, CPC, nas hipóteses em que o crédito for de natureza alimentar (art. 521, I). Veja-se:

> "Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:
>
> ...

Acesso ao Sumário

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos."

"Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;".

Também não se desconhece a existência de jurisprudência sedimentada no sentido da dispensa da caução em execução provisória de honorários sucumbenciais.

Todavia, existem peculiaridades no caso em análise que recomendam a adoção da cautela prevista no parágrafo único do artigo 521, *verbis*:

"Parágrafo Único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação".

In casu, a discussão no Recurso Especial é acerca da impenhorabilidade dos saldos bancários bloqueados eletronicamente em contas da devedora. Ao argumento de servirem para pagamento, dentre outras coisas, de salários de funcionários.

E, considerado o expressivo valor exequendo, o levantamento sem nenhuma garantia de sua restituição é passível de causar à agravada prejuízo de incerta reparação. A respeito, confira-se: STJ, 1ª T., REsp 656.077, Min. Denise Arruda, DJU 29.10.2007 e RT 865/199.

Nesse sentido, ainda, precedentes desta E. Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Embargos de Terceiro – Pedido inicial – Improcedência – Apelo – Gratuidade processual – Indeferimento – Decisão – Manutenção – Agravada – Interposição de recurso especial – Agravante – Cumprimento provisório de sentença – Cobrança de honorários advocatícios, despesas processuais e multa por litigância de má-fé – juízo – Bloqueio de ativos pelo Sisbajud – Dívida – R$ 398.673,23 – Constrição – R$ 223,280,21 – Exequente – Pedido de levantamento das importâncias – Elevado valor – Hipótese – Aplicação do parágrafo único do art. 521 e dos incisos I e IV do art. 520 do CPC – Caução – Imposição na hipótese – Precedentes decisão combatida – Reforma. Agravo de instrumento parcialmente provido com observação. (TJSP, Agravo de Instrumento 2223361-62.2022.8.26.0000; Relator(a): Tavares de Almeida; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/10/2022; Data de publicação: 11/10/2022)

Acesso ao Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – Insurgência contra decisão que condicionou o levantamento dos valores depositados nos autos à apresentação de caução idônea – Verba executada que corresponde a honorários advocatícios, possuindo, portanto, natureza alimentar – **Expressivo valor depositado, contudo, que atrai a incidência do p. único do art. 521, do CPC** – Montante que torna incerta a reparação dos devedores, em caso de reversão da decisão – Exigência de caução que deve ser mantida – Negado provimento. (TJSP; Agravo de Instrumento 2243666-04.2021.8.26.0000; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/03/2022; Data de Registro: 14/03/2022) (g.n.)

AGRAVO DE INSTUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. O presente agravo sobreveio porque autorizado o levantamento do depósito de R$ 102.853,39 em favor do exequente, independentemente de caução. O E. S.T.J. procedeu à conversão do agravo outrora interposto pelos recorrentes. Ante o vislumbre, ainda que perfunctório, da presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, há de se redobrar a cautela para a liberação dos valores independentemente de caução idônea, não podendo prevalecer a liberação autorizada em primeiro grau de jurisdição, ao menos neste momento. Inaplicabilidade do art. 521, III, CPC ao caso concreto. Ainda que se cogite a natureza alimentar do crédito correspondente a honorários sucumbenciais, com a consequente invocação do art. 521, I do Código de Processo Civil vigente, o risco de incerta reparação do dano impõe que se condicione o levantamento à prestação de caução idônea. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP, Agravo de Instrumento 2126927-11.2022.8.26.0000; Relator(a): Rosangela Telles; Comarca: Arujá; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/08/2022; Data de publicação: 23/08/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO (PROVISÓRIO) DO JULGADO – Valor exequendo é relativo aos honorários advocatícios sucumbenciais – Natureza provisória do cumprimento originário decorre da pendência de julgamento de Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça – Valor exequendo em quantia relevante (R$ 151.175,33) – Recurso pendente controverte o valor dos honorários advocatícios – Juízo a quo condicionou o levantamento do depósito em dinheiro (ou a prática de atos constritivos) à prestação de caução pelos Exequentes (nos termos do artigo 520, inciso IV, do Código de Processo Civil) – Dispensa da caução na execução de crédito de natureza alimentar não é obrigatória e fica a critério do juízo (inteligência do artigo 521,

Acesso ao Sumário

caput, do Código de Processo Civil) – Risco de dano, em razão da possibilidade de reversão do julgado – Descabido o pedido de levantamento sem caução (artigo 521, parágrafo único, do Código de Processo Civil) – RECURSO DOS EXEQUENTES IMPROVIDO (TJSP, Agravo de Instrumento 2120453-24.2022.8.26.0000; Relator(a): Flavio Abramovici; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/08/2022; Data de publicação: 23/08/2022)

Assim, prudente seja a liberação da importância bloqueada condicionada à prestação de caução idônea de parte da sociedade de advogados credora.

Por conseguinte, a decisão guerreada deverá ser mantida.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2244510-17.2022.8.26.0000, da Comarca Mauá, em que é agravante ENZO GABRIEL BEZERRA DA SILVA, é agravado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.578)**

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

São Paulo, 2 de dezembro de 2022

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Plano de saúde. Autor diagnosticado com "Transtorno do Espectro Autista". Decisão agravada que não concedeu a tutela de urgência pleiteada, para determinar à Ré o custeio do tratamento multidisciplinar da patologia que acomete o Autor, nos termos do relatório médico. Inconformismo do Autor. Hipótese que trata de urgência, segundo indicação médica, diante do risco de atraso no desenvolvimento do Agravante. Excluída a

cobertura à equoterapia, psicomotricidade, zooterapia, musicoterapia, hidroterapia, pet terapia e terapeuta em ambiente escolar, pois sem correlação com a natureza médica da cobertura securitária. Precedentes da Câmara. Recurso parcialmente provido, com observação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, tirado de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, contra a r. decisão de págs. 16/18 desta, em que o Juiz indeferiu o pedido de tutela de urgência nos termos pleiteados na peça inicial. A r. decisão enunciou: *"Pois, bem, no presente caso, a despeito do relatório médico de fls. 47 prescrever que os tratamentos devem ter início imediato, o parecer técnico do Natjus de fls. 68 indica que não se justifica a alegação de urgência, inexistindo, portanto risco ao resultado útil da prestação jurisdicional, razão pela qual tem-se que o indeferimento da tutela de urgência é medida de rigor. Anoto que, conforme o próprio relato da parte autora "ao ligarem para o plano, só disponibilizaram clinicas distantes da residência do autor e com tratamentos parciais, com sessões limitadas de apenas 30 minutos cada uma. Ainda, os profissionais que atendiam seu filho mudavam com frequência, impossibilitando que este se adaptasse ao tratamento que já era escasso...". Conquanto essas alegações não estejam suficientemente demonstradas, pois a parte não especificou quais tratamentos estão sendo disponibilizados parcialmente, infere-se que não houve negativa total, sendo de rigor aguardar o regular contraditório. Ademais, o parecer do Natijus foi favorável ao tratamento parcial, sendo desfavorável apenas às terapias que entende sem evidências científicas (equoterapia, hidroterapia, musicoterapia, psicomotricidade, pet zooterapia e acompanhante terapêutico). Ainda que seja o médico do paciente o responsável pela determinação do tratamento clínico a ser adotado, considerando sua autonomia profissional, é certo que o parecer do Natjus (fls. 60/71) evidencia justificativa técnica para o indeferimento da tutela inaudita altera parte, de modo que necessário aprofundamento das questões fáticas por meio de regular contraditório judicial"* (pág. 17).

Alega o Autor, em síntese, que a r. decisão contraria a moderna jurisprudência desta E. Corte. Ressalta que o laudo médico colacionado ao processo informa que o tratamento requer urgência, de modo a acarretar em risco a evolução do menor como indivíduo, que sofrerá degradação implacável, acaso aguarde o deslinde final da demanda, para iniciar o tratamento pugnado, diante de seu quadro de saúde, que requer cuidados imediatos e integrais, com vistas a mitigar o seu agravamento. Pugna pela concessão da tutela recursal nos moldes constantes no laudo médico.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo. Isento de preparo, por ser o Autor beneficiário da Justiça gratuita (págs. 54 do processo originário).

Foi concedido em parte efeito ativo ao recurso. Determinado o cumprimento do art. 1.019, II, do CPC, a contraminuta foi ofertada (págs. 25/30).

A douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo provimento parcial do recurso, *"para conceder a tutela de urgência requerida pelo autor, ora agravante, a fim de obrigar a ré agravada a custear/fornecer as terapias indicadas no relatório médico de fl. 47 – na origem –, com exceção da psicomotricidade, zooterapia, pet terapia e terapeuta em ambiente escolar"* (págs.34/49).

É o relatório.

O presente recurso merece prosperar em parte, respeitado o entendimento do nobre Magistrado de origem, como também entende a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Trata-se de recurso interposto contra decisão proferida em sede de antecipação de tutela. Assim, a questão a ser examinada deve ficar adstrita ao preenchimento dos pressupostos legais para sua concessão, sob pena de prejulgamento do mérito, bem como de supressão de um grau de jurisdição.

Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida exige-se a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, CPC).

Afirma o Autor ser portador de TEA, "Transtorno do Espectro Autista" e necessita do tratamento interdisciplinar, pelo método ABA, prescrito no relatório médico, composto por fonoaudiologia, psicopedagogia, terapia ocupacional com abordagem sensorial, equoterapia, psicomotricidade, musicoterapia, hidroterapia, fisioterapia, zooterapia, pet terapia e terapeuta em ambiente escolar (págs. 47 do processo de origem e 04 deste). A presente ação foi proposta sob a alegação de que a Operadora do plano de saúde concedeu parcialmente o tratamento pleiteado, com sessões limitadas a apenas 30 minutos cada e em clínicas distantes de sua residência. Além disso, os profissionais que realizavam as terapias do Agravante eram alternados com frequência, a impossibilitar sua adaptação ao tratamento que já era reduzido.

Acesso ao Sumário

Por primeiro, importante ressaltar a decisão proferida pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do dia 08.06.2022, acerca da taxatividade do Rol da ANS, e, naquela mesma oportunidade, o julgamento do EREsp 1.889.704, enunciou *"... a operadora deve cobrir tratamento para uma pessoa com transtorno do espectro autista, porque a ANS já reconhecia a terapia ABA como contemplada nas sessões de psicoterapia do rol de saúde suplementar"* (divulgação do próprio site do STJ).

Referido rol passou a contemplar a cobertura para os tratamentos do espectro autista, conforme já se pronunciou essa 3ª Câmara:

"PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. – Paciente diagnosticado com o transtorno do espectro autista. Necessária observância da recente regulamentação da matéria pela ANS. Inclusão da terapêutica como de observância obrigatória pelos planos de saúde (RN ANS 539, de 23.06.22). Cobertura anterior, ainda, submetida à RN 459, de 09.07.21). Ilimitada cobertura com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos. Psicopedagogia, pela mesma sistemática, autorizada pela Nota Técnica nº 83.797 (Nat-Jus). Nutricionista especializada em TEA, ABA e seletividade alimentar. Falta, em relação ao método, de autorização pela ANS. Rejeição do pedido, observada a recente determinação do STJ (EREsp 1.886.929 e EREsp 1.889.704). 2. – Reconhecida ausência de profissionais ou de clínicas localizadas no domicílio do segurado para a prestação do tratamento necessário. Existência, apenas, de psicologia habilitada em método ABA. Necessário reembolso integral das despesas alusivas aos demais tratamentos. Inexistência, aqui, de livre escolha do paciente na utilização de clínicas particulares, desnaturando-se, assim, a razão para que o reembolso observe os limites contratuais. Precedentes" (Apelação Cível nº 1011148-16.2022.8.26.0100, Relator o Desemb. DONEGÁ MORANDINI);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. Beneficiária, menor de idade, que apresenta diagnóstico de duplicação do cromossomo 15, epilepsia controlada e atraso global de desenvolvimento com sintomas compatíveis com Transtorno do Espectro Autista (TEA). Decisão agravada que deferiu a tutela de urgência para determinar à ré que autorize a realização dos tratamentos prescritos à autora (psicoterapia cognitivo comportamental ABA, terapia ocupacional com integração sensorial, fonoaudiologia ABA, fisioterapia, consultas com pediatria e psiquiatria infantil e neuropediatria com experiência em distúrbios de desenvolvimento), em sua rede credenciada, ou, caso não existente, mediante reembolso ao genitor da autora, a ser feito em 15 dias da apresentação do respectivo recibo, sob pena de multa diária de mil reais, limitada a sessenta dias-multa. Insurgência da operadora. Não acolhimento. Decisão agravada que não determinou o custeio de tratamentos em ambiente escolar e doméstico. Reembolso integral que tem lugar apenas diante da inexistência de rede credenciada apta ao tratamento. Alegação de que o método ABA não consta do Rol da ANS. Insurgência que também não prospera. Cobertura do método ABA, sem limitação de sessões, a partir da vigência da Resolução 469 da ANS, de 09 de julho de 2021. Recente alteração, ademais, promovida pela Resolução 539 da ANS, de 23 de junho de 2022, que determina que a operadora deverá oferecer atendimento por prestador apto a executar o método ou técnica indicados pelo médico assistente para tratar a doença. Precedente. Multa diária bem fixada e que não se revela desproporcional, diante da capacidade econômica da agravante e da própria finalidade de dar efetividade ao comando judicial.

Acesso ao Sumário

Decisão preservada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO" (Agravo nº 2102827-89.2022.8.26.0000, relator o Desemb. VIVIANI NICOLAU).

Como referido pelo n. Magistrado a quo, o Autor não especificou quais terapias foram negadas pela Agravada. Anote-se, contudo, que parte das terapias indicadas não se encontram abrangidas pelo contrato de seguro saúde, de modo que não poderão ser cobertas pela Agravada, tais como equoterapia, psicomotricidade, zooterapia, musicoterapia, hidroterapia, pet terapia e terapeuta em ambiente escolar, de modo que ficam aqui igualmente afastadas da tutela reclamada, preservada a discussão em relação às demais terapias, quanto à cobertura do contrato.

Nesse sentido, a jurisprudência desta E. 3ª Câmara de Direito Privado, em casos análogos:

"PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. I. Negativa de cobertura a tratamento pelo método ABA, associado à psicopedagogia, psicoterapia, terapia ocupacional, fonoaudiologia, hidroterapia, musicoterapia e equoterapia. Caráter abusivo reconhecido. Existência de prescrição médica. Procedimentos, ademais, que se mostraram necessário à tentativa de restabelecimento da saúde do segurado, diagnosticado com transtorno do espectro autista. Não subsistência da alegação exclusão contratual fundada na falta de previsão no rol da ANS. Aplicação da Súmula nº 102 desta Colenda Corte. Entendimento assente desta Câmara. II. Integração social com terapeuta escolar. Exclusão de cobertura pela r. sentença. Manutenção. Hipótese que extrapola os limites do contrato de seguro-saúde, em virtude de seu cunho educacional. Precedentes desta Câmara e deste Tribunal. III. Inadmissibilidade, no mais, de limitação ao número de sessões cobertas. Disposição negocial excessivamente onerosa ao consumidor. Aplicação do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Precedente. Sentença reformada nesse tocante. IV. Ofensa, ainda, ao princípio da boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas. Atenuação e redução do princípio do pacta sunt servanda. Incidência do disposto no artigo 421 do Código Civil. Ilícito configurado. Obrigação de fazer mantida. V. Custeio integral das despesas médicas referentes aos tratamentos prescritos. Opção do consumidor por utilizar serviço fora da rede credenciada que não se trata de mero reembolso. Princípio da reparação integral. Inteligência do art. 402 do Código Civil. VI. Pleito de fixação de multa pelo descumprimento da determinação judicial. Acolhido. Inteligência do art. 537 do Código de Processo Civil. Medida que visa compelir a ré ao custeio do tratamento prescrito ao autor, que é menor incapaz e necessita das terapias indicadas. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. APELO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE" (Apelação Cível nº 1018041-24.2019.8.26.0554 – Des. Rel.: DONEGÁ MORANDINI – julgado em 05/10/2020 – grifo nosso);

"PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Insurgência contra de-

Acesso ao Sumário

cisão que deferiu a tutela de urgência. Reforma em parte. De início, destaca-se que a decisão determinou a disponibilização das terapias e não o custeio em rede particular ou reembolso. Acompanhamento terapêutico escolar, todavia, que não guarda correlação à natureza médica da cobertura securitária. Condenação, nesse tocante, afastada. Multa, por sua vez, cabível e fixada em montante razoável. Recurso parcialmente provido" (Agravo de Instrumento nº 2065413-28.2020.8.26.0000 – Des. Rel.: CARLOS ALBERTO DE SALLES – julgado em 23/06/2020);

"Agravo de instrumento. Processual. Tutela de urgência. Plano de saúde. Decisão que determina à *agravante o fornecimento/manutenção do tratamento multidisciplinar para autismo prescrito ao agravado, incluindo acompanhante terapêutico escolar ou professor mediador. Irresignação. Preenchimento dos requisitos do art. 300 caput do CPC. Irrelevância da ausência de previsão do tratamento no rol obrigatório da ANS. Inteligência da Súmula nº 102 do TJSP. Urgência evidenciada pelo relatório médico fornecido com a inicial. Afastamento, entretanto, da obrigação de custeio de acompanhante terapêutico escolar ou professor mediador. Serviços prestados por tais profissionais que fogem do escopo dos contratos de plano/seguro saúde. Precedentes desta Corte. Decisão reformada, em parte. Agravo parcialmente provido"* (Agravo de Instrumento nº 2288049-38.2019.8.26.0000 – Des. Rel.: ALEXANDRE MARCONDES – julgado em 13/03/2020).

O tratamento deve se dar preferencialmente na rede credenciada da Agravada, em clínica próxima à residência do menor, e somente na falta de profissionais especializados é que poderá o Autor, ora Agravante, se valer de profissionais habilitados na rede particular, o que deverá ser apurado no processo de origem, no curso da ação. Saliente-se não haver no relatório médico indicação de período mínimo de cada sessão, razão pela qual nada será enunciado a esse respeito.

Neste contexto, presentes os requisitos legais autorizadores, para a concessão da tutela pleiteada, à exceção das terapias e aspectos supra indicados, sem prejuízo de melhor análise das questões no curso da ação.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2258472-10.2022.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante ANTÔNIO CESÁRIO GOMES PEREIRA FILHO, é agravado UNIMED DE SÃO JOSE DOS CAMPOS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.571)**

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2023.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Plano de Saúde – Ação de Obrigação de Fazer – Decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré autorize e custeie cirurgia ortopédica prescrita ao autor – Inconformismo – Alegação de que que é abusiva a recusa da operadora de saúde ré em custear o material necessário ao procedimento cirúrgico prescrito – Cabimento – Inadmissibilidade de interferência da operadora de plano de saúde sobre o tratamento a ser ministrado ao autor – Probabilidade do direito evidenciada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba, em Ação de Obrigação de Fazer, proposta por ANTÔNIO CESÁRIO GOMES PEREIRA FILHO contra UNIMED DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, que indeferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré autorize e custeie integralmente a cirurgia ortopédica prescrita ao autor, com o fornecimento dos materiais requisitados pelo médico que o assiste.

Aduz o agravante, em linhas gerais, que é abusiva a recusa da operadora de saúde ré em custear integralmente o procedimento cirúrgico, limitando o fornecimento dos materiais necessários ao procedimento.

Indeferida a antecipação da tutela recursal, a agravada não apresento contraminuta.

É o breve relatório do necessário.

É sabido que para a antecipação da tutela provisória de urgência é mister a análise dos pressupostos necessários, a saber: elementos de informação que evidenciem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao

Acesso ao Sumário

resultado útil do processo, caso a prestação jurisdicional pretendida não venha no tempo necessário para assegurar o exercício do direito reivindicado, nos moldes do artigo 300 do Código de Processo Civil, que assim preceitua:

> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

No caso dos autos, ressalvado o entendimento esposado pelo MM. Juiz "a quo", a probabilidade do direito invocado está satisfatoriamente demonstrada, pois, sendo o autor beneficiário do contrato de plano de saúde celebrado entre os litigantes, com previsão para cobertura de despesas relativas à assistência médico-hospitalar, não poderia a operadora de saúde ré negar ao autor, o tratamento prescrito pelo médico que o assiste.

Com efeito, restando incontroverso que o autor foi diagnosticado com diversas moléstias em sua coluna, conforme relatório médico de fls. 96/97 dos autos de origem, correndo o risco de dano de agravamento das moléstias e de intensificação das dores que afetam sua qualidade de vida, revela-se imprescindível a realização dos procedimentos cirúrgicos prescritos pelo médico que o assiste, pois, caso não haja célere prestação jurisdicional, o beneficiário ficará impossibilitado de receber o tratamento adequado e essencial à manutenção de sua saúde.

Por outra colocação, considerando que a epigrafada solicitação foi efetuada por profissional competente, regularmente credenciado, e está devidamente acompanhada de todos os documentos necessários e comprobatórios da necessidade de realização do procedimento cirúrgico requisitado, resta evidenciada a probabilidade do direito postulado.

O procedimento requisitado, ademais, além de necessário, se revela urgente em razão do insucesso do tratamento conservador e do risco de agravamento das lesões, o que certamente contribui para a concessão da tutela antecipada.

Ademais, não há se falar em irreversibilidade do provimento antecipado, posto que, caso verificado que o alegado pelo autor não procede, nada impede a agravada de, posteriormente, buscar, pelas vias ordinárias, a reparação por danos eventualmente sofridos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar que a empresa ré autorize o procedimento cirúrgico para o tratamento do autor, com o custeio de todos os materiais descritos no relatório médico acostado à inicial (fls. 96/97), bem como de outros materiais cirúrgicos que se fizerem necessários, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2194941-47.2022.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante REGIANE DA SILVA PEREIRA, é agravado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45426)**

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

São Paulo, 20 de janeiro de 2023.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência para compelir a agravada à cobertura dos procedimentos reparadores prescritos à autora – Inadmissibilidade – Não pode ser considerada meramente estética a cirurgia plástica complementar ao tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica – Não socorre à seguradora a alegação de que o procedimento está em desacordo com as diretrizes do Rol da ANS – Inteligência das Súmula 97 deste E. TJSP – Tutela de urgência viável – Suspensão da demanda originária, de rigor, em razão da pendência do julgamento de recurso repetitivo afeto à matéria dos autos – Cintas, meias de compressão, sutiã cirúrgico e medicamentos que, no entanto, deverão ser custeados pela segurada – Recurso provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 56/60, na ação de obrigação de fazer ajuizada pela agravante em face da agravada, indeferiu o pedido de tutela de urgência visando

à realização de procedimentos cirúrgicos reparadores para dar continuidade ao tratamento da obesidade mórbida.

2. Entendeu o Juízo *a quo* que não está presente urgência nem risco à vida, sendo necessário o contraditório.

3. Inconformada, insurge-se a agravante alegando, em resumo que há laudos médicos e de psicólogo que destacam expressamente que a situação enfrentada pela Agravante está comprometendo sua saúde mental, sendo evidente o perigo de dano irreparável. Aduz que tem foi submetida à cirurgia bariátrica, apresentando perda de 43 quilos (fls. 3). Alega que restou comprovado que necessita dos procedimentos médicos prescritos, em sua integralidade, não sendo os mesmos meramente estéticos. Aduz que após a realização da cirurgia bariátrica, em razão do excesso de pele e comorbidades decorrentes da obesidade mórbida, houve comprometimento de ordem emocional, social e física da agravante, havendo risco de dano e abalo psicológico (fls. 3/4).

4. Requer, pois, a concessão de efeito ativo determinando-se que a Agravada, autorize e custeie integralmente a realização dos procedimentos cirúrgicos não estéticos, exatamente conforme a indicação médica acostada nos autos para correção da já citadas deformidades ocasionadas pelo excesso de pele, a ser realizada em rede credenciada pela Agravada e sob a responsabilidade de equipe médica credenciada, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária. Recebi o recurso e concedi o efeito ativo pretendido pela agravante. Agravo processado. Não houve resposta (certidão de fls. 74).

FUNDAMENTOS.

5. O presente recurso prospera, observando-se, ainda, a suspensão na origem imposta pelo E. STJ (inobstante a concessão da tutela de urgência, viável), conforme razões seguintes.

6. Consigno, inicialmente, que as cirurgias das quais ora se fala tratam-se de complementação ao tratamento de cirurgia bariátrica realizada pela agravante, consoante se pode ver do relatório médico de fls. 41 dos autos originários (constou que a paciente necessita do tratamento em "caráter de urgência" - fls. 50 deste agravo. Também o laudo psicológico é no mesmo sentido - fls. 52/53 deste agravo: *O excesso de pele acarretou alguns sofrimentos à paciente, interferindo em sua autoestima e na forma como vê o seu corpo, dificultando que se beneficie do emagrecimento e impactando negativamente em sua autoestima. Além disso, do ponto de vista físico, refere se incomodar com atrito de peles, sudorese excessiva, assaduras, odor, coceira e vermelhidão, causados pelo excesso de peles e refere também a necessidade de fazer uso constante de pomadas contra assaduras e cremes hidratantes, para amenizar o sofrimento. A paciente também referiu sentir dores nos glúteos devido a perda de volume na região. Esse excesso, interfere na vida social, afetiva e sexual da paciente, lhe*

Acesso ao Sumário

causando sofrimento, ansiedade em situações em que necessita estar em público ou em momentos íntimos, e privação de momentos de lazer com seu marido, filhos, familiares e amigos [...]*Vale ressaltar que a insegurança, constrangimento, bem como as limitações físicas, pessoais e sociais que o excesso de pele tem causado, justificam e intensificam a importância da realização da cirurgia plástica reparadora neste momento, para que a avaliada consiga concluir o seu tratamento de obesidade e se beneficiar do emagrecimento por completo* - fls. 56 deste agravo). Assim, não é minimamente razoável concluir que não há urgência no caso concreto somente porque não há risco à vida para deixar que a autora viva sem plena saúde física e psicológica por longo tempo (e permitir o agravamento do problema), o que esvazia a função social do contrato e sua própria razão de ser.

7. Vale ressaltar, que entende-se que a cirurgia plástica, quando não realizada para fins somente estéticos, não se enquadra no rol taxativo de restrições do art. 10º da Lei 9.656/98, sendo que, no caso, o médico destacou a necessidade dos procedimentos cirúrgicos indicados para restaurar a saúde e a qualidade de vida da agravante, o que deve ser prestigiado.

8. Ademais, perfeitamente aplicável ao caso a súmula 97 do Colendo Órgão Especial desta E. Corte, segundo a qual:

> "***Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.***"

9. É o que ocorre na espécie, onde a indicação médica e psicológica reforçam a necessidade premente dos atos cirúrgicos pleiteados, tornando plausível o pedido de tutela antecipada que ora se defere.

10. Sobre o tema, confiram-se precedentes em casos análogos, mencionados em Acórdão Registrado sob o nº 2012.0000553343, Rel. do Eminente Desembargador Alexandre Lazzarini, 6ª Câmara de Direito Privado:

> *"RECURSO ESPECIAL* – AÇÃO ORDINÁRIA – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR – INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – NÃO VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE - MÉRITO - CIRURGIA DE REMOÇÃO DE TECIDO EPITELIAL APÓS A SUBMISSÃO DA PACIENTE SEGURADA À CIRURGIA BARIÁTRICA - PROCEDIMENTO NECESSÁRIO E COMPLEMENTAR AO TRATAMENTO DA OBESIDADE, INCONTROVERSAMENTE ABRANGIDO PELO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO, INCLUSIVE, POR DETERMINAÇÃO LEGAL – ALEGAÇÃO DE FINALIDADE ESTÉTICA DE TAL PROCEDIMENTO – AFASTAMENTO – NECESSIDADE – COBERTURA AO TRATAMENTO INTEGRAL DA OBESIDADE –

Acesso ao Sumário

PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE CONTRATUAL NECESSIDADE – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(...)

II - Encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subsequentes ou consequentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética;

*III - As cirurgias de remoção de excesso de pele (retirada do avental abdominal, **mamoplastia redutora** e a dermolipoctomia braçal) consiste no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma, o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética;*

IV - Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente segurado, acometido de obesidade mórbida, doença expressamente acobertado pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tais contratos;

V - Recurso Especial improvido.

(...) De fato, não se afigura possível classificar as pretendidas cirurgias pela parte demandante como sendo mero tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, expressamente excluído pelo artigo 10 da Lei n 9.656/98.

Dessa forma, tem-se que, encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subsequentes ou consequentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética. (REsp 1136475, Rel. Min. Massami Yueda, 3ª Turma, j. 04.03.2010, (destaquei).

11. Destarte, considerando a urgência e que a probabilidade do direito milita em favor da autora, *mister* a reforma da r. decisão agravada, para autorizar-se a realização das cirurgias, na forma como prescrita pelo médico assistente da agravante, anotando-se que a ré deverá indicar médicos credenciados para a realização do ato.

Acesso ao Sumário

12. Convém ressaltar, porém, que a presente matéria, em seu exame de mérito, encontra-se suspensa em razão de determinação emanada pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.069), tendo em vista a existência de controvérsia instalada com a existência de jurisprudência com distintos entendimentos.

13. Destarte, considerando a urgência e que a probabilidade do direito milita em favor da autora, *mister* a reforma da r. decisão agravada, para autorizar-se a realização das cirurgias, na forma como prescrita pelo médico assistente da agravante, anotando-se que a ré deverá indicar médicos credenciados para a realização do ato.

14. Desta forma, embora tenha concedido a tutela de urgência por entender pertinente acatar o laudo médico, que indica a necessidade dos tratamentos prescritos à agravante, esta deve ter plena ciência de que paira controvérsia jurisprudencial sobre a questão e sempre há o risco de vir a ser condenada a restituir os respectivos valores.

15. E, diante da afetação do tema pela sistemática dos recursos repetitivos pelo C. STJ (Tema 1069), a demanda originária deverá manter-se suspensa, aguardando-se então até decisão final do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

16. Destarte, mister a reforma da r. decisão agravada para o fim de compelir a ré à cobertura das cirurgias reparadoras indicadas à autora em estabelecimento e com profissional credenciados, com o custeio de todas as despesas a ela inerentes, exceto cintas, meias de compressão, sutiãs cirúrgicos e medicamentos, que deverão ser custeados pela própria agravante.

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

18. Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao presente recurso para conceder a tutela de urgência e impor imediata cobertura, com suspensão posterior dos demais atos do processo até o julgamento da questão pelo E. STJ, tudo nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2123428-19.2022.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são agravantes MARIA RIBEIRO VICENTE, VENÍCIO VICENTE, ANTÔNIO GONÇALVES DA SILVA, ELSA APARECIDA RIBEIRO DA SILVA, IVANDERLEI SEBASTIÃO DOS SANTOS, LEILA CRISTIANE RIBEIRO BATISTA e LECÍ LILIA RIBEIRO DOS SANTOS, é agravada IARA DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57823)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Presidente sem voto), RUI CASCALDI e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 23 de janeiro de 2023.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Decisão que impôs o pagamento dos honorários periciais à parte executada, beneficiária da gratuidade judiciária – Benefício que compreende despesas periciais – Inteligência do art. 98, §1º, VI e VI, do Código de Processo Civil – Ônus a ser suportado pelo Estado, a teor do art. 95, § 3º, do mesmo códex – Decisão reformada – Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de autos de cumprimento de sentença ajuizado por Iara de Souza em face de Londina de Souza Ribeiro e outros, não se conformando a parte executada com a decisão de fls. 336 (autos principais), em que o Juiz de Direito fixou "*os honorários periciais no valor proposto, intimando-se o executado para depósito no prazo de 10 (dez) dias, indicando as partes, querendo, seus Assistentes Técnicos no mesmo prazo, oferecendo seus quesitos*" (fls. 336). Os agravantes, em síntese, requerem o provimento do recurso para "*afastar a determinação de pagamento dos honorários periciais, isentando os Agravantes, em razão da gratuidade da justiça*" (fls. 09), bem como para determinar "*que a própria serventia (§2º do artigo 524 do CPC.) verifique os cálculos dos Executados terminando, por extinguir o feito 0000222-78.2021.8.26.0568*" (fls. 09). Não foi formulado pedido de concessão de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Contraminuta a fls. 23/31.

É o relatório.

O recurso comporta provimento em parte.

Com efeito, na fase de conhecimento, a gratuidade judiciária foi concedida à parte executada, circunstância que, inclusive, foi reconhecida por esta Câmara no julgamento do agravo de instrumento nº 2152167-36.2021.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

Consoante expressamente disposto no art. 98, §1º, VI e VII, do Código de Processo Civil, "*os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira*", bem como "*o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução*", estão abarcados pela gratuidade de justiça.

Assim sendo, tem-se que, na presente hipótese, cuidando-se de caso em que houve deferimento de assistência judiciária, é de rigor que as despesas periciais sejam custeadas pelo Estado.

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de usucapião ordinária. Decisão que indeferiu a nomeação de perito judicial para elaboração da planta e memorial descritivo do imóvel. Inconformismo. **Previsão contida no artigo 98, § 1º, inciso VI, expressa no sentido de compreender o benefício da justiça gratuita os honorários periciais. Benesse que atinge as despesas com perícia, cuja realização deve ser custeada pelo Estado**, nos termos do art. 95, parágrafo 3º do CPC. Decisão reformada. Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 2035764-52.2019.8.26.0000, São José dos Campos, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Relª. Desª. Maria de Lourdes Lopez Gil, em 26/3/19).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Decisão que nomeou perito para conferência dos cálculos apresentados e carreou às partes o custeio dos honorários periciais, determinando o depósito na proporção e 50% para cada – Executado beneficiário da justiça gratuita – **Benefício que compreende os honorários do perito CPC, art. 98, § 1º, inc. VI – Benefício que não se observa revogado no curso da execução – Ônus que deve ser suportado pelo Estado** – Decisão reformada para afastar o depósito imputado ao agravante – Recurso provido para esse fim" (Agravo de Instrumento nº 2080647-84.2019.8.26.0000, São Bernardo do Campo, 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Irineu Fava, em 31/5/19).

De rigor, pois, a reforma do *decisum* impugnado para afastar a imposição de pagamento, pelos recorrentes, de honorários periciais, devendo tal ônus ser suportado pelo Estado, a teor do art. 95, § 3º, do Código de Processo Civil.

No mais, não comporta acolhimento o pedido de que "*a própria serventia verifique os cálculos dos executados*" (fls. 09), tendo em vista que cabe ao magistrado decidir acerca de eventual necessidade de trabalhos periciais.

Dá-se provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2125179-41.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDGAR GEBARA FILHO, são agravados HARDBALL LTDA., ZILVETI ADVOGADOS e VGB VALDAC GLOBAL BRANDS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª 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 32779)**

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

São Paulo, 23 de janeiro de 2023.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Decisão que determinou a inclusão do sócio da executada no polo passivo do processo. DESCABIMENTO: Ausência de comprovação da regular extinção da pessoa jurídica devedora para a sucessão processual pelo sócio, nos termos do art. 110 do CPC. Eventual encerramento irregular das atividades não é suficiente para a substituição do polo passivo da execução. Recurso que atendeu aos pressupostos processuais para o seu conhecimento, nos termos do art. 1.016 do CPC. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 352/353 do processo nº 0084954-43.2018.8.26.0100, relativo à fase de cumprimento de sentença proferida na ação de cobrança nº 0080900-44.2012.8.26.0100, movida por Money Just For Fun Corporation Comunicações Ltda. contra VGB Valdac Global Brands, que determinou a inclusão de Edgar Gebara Filho, sócio da devedora, no polo passivo da execução, nos termos do art. 110 do CPC. Foi deferida a pesquisa/constrição de bens e patrimônios, mediante o recolhimento das respectivas despesas processuais.

Acesso ao Sumário

Em suas razões recursais, o sócio agravante sustenta, em síntese, que a empresa devedora está ativa na Receita Federal e que está com as atividades paralisadas momentaneamente até o restabelecimento de sua saúde em razão de diagnóstico de câncer. Esclarece que a atividade de publicidade depende do trabalho do sócio da empresa. Alega que se tivesse sido instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica teria tido a oportunidade de esclarecer previamente que não houve o encerramento irregular das atividades, mas uma suspensão temporária para o seu tratamento de saúde. Pleiteia a concessão de efeito suspensivo e ao final o provimento do recurso.

O efeito foi deferido (fls. 338/339).

A agravada apresentou contraminuta a fls. 344/352 e arguiu o não conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Sem razão a parte agravada quanto à pretensão de não conhecimento do recurso do agravante por falta de impugnação específica aos fundamentos da r. decisão.

O agravante preencheu os requisitos legais para a interposição do agravo de instrumento e demonstrou o interesse pela reforma da r. decisão diante do não acolhimento de suas teses pelo Juízo. Há ainda o pedido de provimento do recurso para a alteração da r. decisão.

As razões recursais estão condizentes com o litígio e demonstram o interesse do agravante pela reforma da r. decisão pela segunda instância. Cabível o conhecimento do recurso, nos termos do art. 1.016 do CPC.

Trata-se de ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, em que o Juízo *a quo* acolheu o pedido da exequente para a inclusão do sócio da pessoa jurídica devedora no polo passivo do processo executivo, com fundamento no art. 110 do CPC, em razão da alegação de encerramento irregular da empresa executada.

Acesso ao Sumário

Acontece que a extinção da pessoa jurídica se equipara à morte da pessoa natural. Com a extinção, é necessário que os sucessores da empresa, que são os sócios, sejam incluídos no polo passivo da execução, em razão da aplicação do art. 110 do CPC por analogia.

No caso em questão, não foi demonstrada a regular extinção da empresa executada Money Just For Fun Corporation Comunicações Ltda., tampouco a existência de bens remanescentes da sociedade distribuídos ao sócio Edgar Gebara Filho, ora agravante, para autorizar a sucessão processual pleiteada pela exequente agravada. A extinção da empresa ocorre com o cancelamento do registro na Junta Comercial, o que não foi comprovado nos autos (art. 51 e 1.109 do Código Civil).

Frise-se que eventual inatividade ou encerramento irregular das atividades da empresa executada não é causa suficiente para a imediata substituição do polo passivo da execução, nos termos do art. 110 do CPC. A hipótese dos autos pode embasar eventual futuro pedido de processamento de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para a verificação se é o caso ou não de inclusão do sócio da devedora no polo passivo do processo executivo, nos termos dos arts. 133 e seguintes do CPC.

Neste sentido, já se decidiu nesta E. Corte:

"***Agravo de instrumento. Cumprimento da sentença. Pedido de sucessão processual do polo passivo ante a alegada dissolução de fato da pessoa jurídica executada. Descabimento. Extinção da sociedade empresária que se dá com a liquidação, dissolução e cancelamento do registro perante a Junta Comercial. Inteligência dos arts. 51 e 1.109 do Código Civil. Executada que permanece ativa. Inaplicabilidade do art. 110 do CPC na medida em que não se operou o evento equiparável à morte da pessoa natural. Descabimento da inclusão dos sócios, ressalvada a instauração do incidente de desconsideração da personalidade, nos termos do art. 50 do CC e dos arts. 133 e seguintes do CPC. Decisão mantida. Recurso desprovido.***" (AI nº 2212716-46.2020.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Jonize Sacchi de Oliveira, j. 24.11.2020, v.u.).

O precedente jurisprudencial acima citado enfrenta questão semelhante àquela dos autos, razão pela qual ilustra o julgamento.

Respeitada a convicção do d. Juízo, é o caso de reforma da r. decisão.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de agravo de instrumento para afastar a determinação de sucessão processual da empresa executada e consequente inclusão do sócio agravante no polo passivo do processo executivo, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2292970-35.2022.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante TATIANA SILVA DOS SANTOS TINEU, é agravado ALBERTO DE OLIVEIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 33838)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente) e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 24 de janeiro de 2023.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Direito de vizinhança. Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos. Alegação de vazamentos e infiltrações originados do apartamento da ré. Tutela de urgência deferida para determinar a realização das obras necessárias. Laudo técnico que constatou a existência e a origem dos danos. Perícia unilateral. Requisitos ensejadores da medida não vislumbrados. Hipótese que recomenda a prévia instauração do contraditório, em primeiro grau de jurisdição. Fatos que demandam dilação probatória. Precedentes. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado da respeitável decisão de fls. 79/80 dos autos do processo de origem que, em ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos morais, deferiu a tutela de urgência requerida para determinar à ré que, no prazo de 5 dias, realize as obras de conserto do banheiro da unidade superior, sob pena de multa diária de R$1.000,00, limitada a R$50.000,00.

Sustenta a agravante, em síntese, que mesmo sem condições financeiras, em março e em novembro de 2022, conforme fotos e vídeos apresentados, contratou um profissional para investigar a presença de vazamento em seu banheiro. Indica que nas duas análises, não foi constatado qualquer vazamento em sua unidade. Narra que mesmo não tendo sido localizado o vazamento em seu apartamento, se colocou à disposição para arcar com o conserto do teto do banheiro do agravado, mas que não teve retorno. Requer a revogação da tutela de urgência concedida, bem como, o benefício da gratuidade da justiça.

A liminar foi deferida (fls. 34).

Houve resposta (fls. 38/40).

É o que importa ser relatado.

O agravo é de ser provido.

Inicialmente defere-se a gratuidade da justiça exclusivamente para fins

Acesso ao Sumário

de processamento deste recurso, nos termos do artigo 98, 5º, do Código de Processo Civil, porque a alegação de insuficiência financeira deduzida pela pessoa natural se presume verdadeira. Ademais, conforme documento de fls. 21, a agravante, auxiliar de enfermagem, que em novembro de 2022 recebia salário de R$2.416,93, está no momento desempregada. Frise-se, porém, que a extensão do benefício para os demais atos do processo deve ser requerida e apreciada pelo Juízo da causa.

O agravado ajuizou a ação de obrigação de fazer, cumulada com pretensão indenizatória, alegando que reside no apartamento 102, bloco 02, no Condomínio Bem Viver, de edifício localizado na Avenida Papa João Paulo I, 4120 e, em julho de 2021, passou a perceber infiltrações no teto de sua unidade. Alega que após vistoria realizada pelo condomínio, constatou-se que o vazamento vinha do apartamento de cima. Alega que inúmeros contatos foram feitos - pessoais, virtuais e por meio de notificações - com a agravante, moradora da unidade superior, sem qualquer resolução. Narra que com o passar do tempo, o problema foi piorando, tornando precária a utilização do cômodo, até que em junho de 2022, o teto do banheiro desabou parcialmente. Considerando o laudo técnico juntado e os prejuízos alegados, requereu a concessão da tutela de urgência a fim de que seja imposta à agravante a obrigação de fazer cessar imediatamente o vazamento e as infiltrações, bem como a efetuar os reparos necessários, sob pena de multa diária de R$1.000,00.

O pedido de tutela de urgência foi deferido, mas, respeitada a convicção externada pelo Magistrado *a quo*, a decisão deve ser reformada.

Inicialmente, cumpre afastar a alegação de intempestividade formulada em contrarrazões. Ao contrário do que aduz o agravado, o prazo da agravante deve ser contado a partir da juntada aos autos do AR de citação, nos termos do artigo 231, I, do Código de Processo Civil. Assim, juntado o documento em 16/11/2022 (fls. 86 da origem) e contando apenas os dias úteis, excluído o dia do começo, tudo de acordo com os artigos 219 e 224, ambos também do Código de Processo Civil, não há que se falar em extemporaneidade na manifestação da agravante.

O presente agravo foi interposto contra a decisão que deferiu pedido de tutela de urgência, de modo que, neste momento, somente é possível analisar a existência ou não dos requisitos legais que autorizam a medida, sob pena de se antecipar o julgamento de mérito, que depende de observância do devido processo legal, ou seja, do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, com a produção de todas as provas que se fizerem necessárias.

Não se ignora que o laudo técnico elaborado por empresa especializada concluiu que foi o apartamento da agravante o causador das infiltrações na residência do agravado, a qual se encontra em precárias condições de habitabilidade

Acesso ao Sumário

(conforme fotos apresentadas no corpo da petição inicial, fls. 13/15, autos do processo de origem). No entanto, os demais elementos não se mostram suficientes para a manutenção da tutela antecipada deferida anteriormente.

Em que pese a conclusão de que *Precisamente, a infiltração/vazamento no apartamento em questão é oriunda do apartamento superior, porém a causa exata é desconhecida pois não fomos autorizados a acessa-lo para analisar de fato qual o motivo principal gerador desse transtorno* (fls. 61/64 autos do processo de origem, grifo não original), trata-se de laudo unilateral, realizado sem a participação da agravante.

Embora se compadeça das dificuldades enfrentadas pelo agravado e sua família com as consequências das infiltrações, não se evidencia, em especial, **perigo de dano irreparável ou de difícil reparação**. Nota-se que a situação existe, segundo a inicial, desde julho de 2021, há cerca de um ano e meio. Nesse contexto, a convivência com a ocorrência durante tão longo período torna prescindível a realização de reparo emergencial.

Ressalte-se que eventuais prejuízos de ordem material e moral serão compensados oportunamente, considerando o pedido indenizatório deduzido.

Diante das circunstâncias apresentadas, o risco alegado não justifica a concessão da medida de urgência, possibilitando-se ao menos a análise do contraditório apresentado, a ser verificado no juízo da causa.

Nesse sentido, em casos semelhantes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer. Tutela de urgência. ***Pedido de realização de obras para cessar vazamento. Fotos atuais que indicam imóvel em situação semelhante àquela apresentada no ajuizamento da ação, em 2019. Agravante que alega a existência ainda das infiltrações desde 2015. Requisitos ensejadores da medida não vislumbrados. Feito próximo de julgamento exauriente. Decisão mantida****. Recurso desprovido.* **(TJSP; Agravo de Instrumento 2106468-22.2021.8.26.0000; Rel. Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 26/05/2021)** (realces não originais).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, CONSISTENTE NO ***IMEDIATO REPARO DOS DANOS NO IMÓVEL VIZINHO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC/2015 – A tutela de urgência será concedida quando presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo****, 'ex vi' do disposto no art. 300, caput, do CPC/2015 – Ausentes os requisitos e os pressupostos necessários, nessa fase de cognição superficial, não há como se conceder a tutela provisória perseguida e de forma antecipada, recomen-*

Acesso ao Sumário

dável a instrução processual – Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. **(TJSP; Agravo de Instrumento 2264052-60.2018.8.26.0000; Rel. Luis Fernando Nishi; 32ª Câmara de Direito Privado; j. 14/03/2019)** (realces não originais).

*TUTELA PROVISÓRIA – Tutela de urgência – Ação de obrigação de fazer – Condomínio autor que busca compelir as rés, responsáveis pela construção e incorporação do empreendimento, a proceder às obras necessárias para reparo de avarias físicas nos prédios – **Reportadas infiltrações, bolores, trincas, rachaduras, fissuras e descolamentos de fachada**, principalmente nas áreas comuns, decorrentes, segundo trabalho pericial particular realizado por engenheiro contratado, de edificação em desconformidade com normas e padrões técnicos – Inconformismo do condomínio autor – Não acolhimento – Complexidade da questão controvertida demanda produção de prova sob o crivo do contraditório, não bastando, a princípio, a existência de laudo particular unilateralmente produzido – **Perigo de dano não revestido da relevância necessária para deferimento de medida de urgência** – Risco de irreversibilidade – Inteligência do art. 300, § 3º, do CPC/2015 – Decisão mantida – Recurso desprovido*. **(TJSP; Agravo de Instrumento 2102712-10.2018.8.26.0000; Rel. Rui Cascaldi; 1ª Câmara de Direito Privado; j. 26/06/2018)** (realces não originais).

Destarte, de rigor a reforma da respeitável decisão recorrida porquanto ausentes os requisitos legais exigidos para a concessão de tutela de urgência.

Por tais fundamentos, ***dá-se provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2170385-78.2022.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são agravantes ANTONIO CARLOS MOREIRA CHAVES e JACQUELINE VASCONCELOS DA SILVA CHAVES, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO OURO BRANCO.

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 32.362)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.
ISSA AHMED, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de execução de título extrajudicial decorrente de despesas condominiais. Perícia para avaliação de imóvel penhorado. Custeio dos honorários periciais. Ônus da parte vencida. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ao qual se nega provimento.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado por Antonio Carlos Moreira Chaves e outro contra a r. decisão digitalizada às fls. 14/16 que, na ação de execução de título extrajudicial fundada em despesas condominiais que lhe foi ajuizada pelo condomínio agravado (no valor histórico de R$ 23.338,08), rejeitou a impugnação à planilha de cálculo ofertada pelo exequente/agravado.

Sustentam os agravantes que foram instados a pagar o valor do principal acrescido de honorários advocatícios na ordem de 10%, não tendo havido qualquer menção aos honorários periciais durante todo o trâmite do feito. Entendem, assim, que tais valores devem ser extirpados do cálculo ofertado pelo agravado. Alegam que não é possível a inclusão de tais valores sem expressa manifestação judicial, no momento processual oportuno, sob pena de grave violação à coisa julgada e à estabilidade jurídica advinda desta.

Recurso tempestivo e devidamente preparado (fls. 1.065/1.066), processado somente no efeito devolutivo (1.068/1.069).

Contraminuta ofertada às fls. 1.074/1.078.

Sem expressa oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de execução de título extrajudicial decorrente de despesas condominiais promovida pelo Condomínio Edifício Ouro Branco contra os ora agravantes, que foram instados a pagar o débito.

Levado o imóvel à penhora, discute-se a quem incumbe o pagamento dos honorários periciais.

Ao que se depreendo do § 2º, do artigo 82, do Código de Processo Civil, aquele que sucumbiu no pedido é que deve arcar com os custas e despesas processuais.

Afinal, como o procedimento visa satisfazer o interesse do autor vencedor, não há sentido em obrigar que ele arque com os honorários periciais.

Os honorários periciais consistem em despesa decorrente da sucumbên-

cia, que deve ser suportada pela parte vencida.

Sobre o tema, colham-se precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO.

INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVADA.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, fixada sob a sistemática dos recursos repetitivos, na fase autônoma de liquidação de sentença, incumbe ao devedor a antecipação dos honorários periciais. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo interno desprovido." (AgInt no REsp 1.959.105/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 10/03/2022).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS PERICIAIS. PAGAMENTO PELO DEVEDOR/EXECUTADO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DISTINÇÃO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO.

1. Trata-se de Agravo Interno no Recurso Especial interposto contra decisão que não conheceu do Recurso Especial, por estar o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Na fase de liquidação de sentença, sendo a perícia realizada quando já conhecida a parte sucumbente, cabe ao devedor, em sua condição de futuro executado, arcar com os honorários periciais, por se mostrar mais adequado e efetivo imputar o encargo diretamente a quem deve suportá-lo, após o trânsito em julgado da sentença. Precedente: REsp 1.274.466/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção DJe 21.5.2014.

3. Sem motivos para ensejar a alteração da decisão recorrida, nega-se provimento ao Agravo Interno.

4. Agravo Interno não provido." (AgInt no REsp 1.810.330/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 19/12/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ÔNUS. DEVEDOR.

1. Incumbe ao devedor a antecipação dos honorários periciais na liquidação de sentença.

Acesso ao Sumário

2. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1.382.842/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 04/08/2015).

Desta forma, o custeio da perícia é ônus que compete aos executados, ora agravados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2017181-77.2023.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que são agravantes EDIELE DE SOUZA AMORIM e ANDRÉA LUZIA STROZZI DA SILVA, são agravados GIULIANO HILDEBRAND CARDINALI, GISELE ATTOLINI e WILSON JORGE MARQUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.383)**

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

São Paulo, 12 de fevereiro de 2023.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – Medida excepcional que se mostra prematura – O encerramento irregular, ainda que aliado à ausência de bens, não constitui, por si só, elemento bastante para a desconsideração da personalidade jurídica – Ausência de elementos que comprovem a utilização da pessoa jurídica como instrumento para a realização de atos fraudulentos – Decisão mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em "*incidente de desconsideração da personalidade jurídica*" proposto por EDIELE DE SOUZA AMORIM e ANDRÉA LUZIA STROZZI DA SILVA contra GIULIANO HILDEBRAND CARDINALI, GISELE ATTOLINI e WILSON JORGE

MARQUES, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada TWG CONSTRUTORA E ENGENHARIA LTDA. (fls. 6/10).

Recorrem os exequentes. Afirmam que os agravados, sócios da executada inadimplente, buscam "*ludibriar a própria justiça, querendo desconstituir o direito cristalino dos recorrentes*". Sustentam que "*sempre que existir a má administração ou prática de ato ilícito pelos sócios, administradores e demais envolvidos, com certeza estes sempre responderão pelos prejuízos proporcionados a terceiros de boa fé*". Alegam dificuldade para localização da empresa. Defendem que estão preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. Requerem a antecipação da tutela recursal.

Recurso remetido diretamente a julgamento.

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

O recurso não merece acolhida.

Conforme consagrado entendimento doutrinário e jurisprudencial, os bens dos sócios, em regra, não respondem pelas dívidas contraídas pela empresa, uma vez que esta possui personalidade jurídica distinta da de seus membros.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica somente é admitida quando ocorrerem as hipóteses dispostas no artigo 50 do Código Civil, quais sejam, "*abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*".

De acordo com os elementos constantes dos autos, forçoso concluir que inexistem, por ora, os requisitos autorizadores da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, não se ignora que as diligências realizadas pelos exequentes, para a busca de bens da executada, restaram infrutíferas.

Ocorre que o fato de os exequentes não terem localizado bens em nome da executada não é suficiente para a adoção da excepcional medida, sendo necessário que se demonstre a ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, conforme estabelecido pelo artigo 50 do Código Civil.

Neste sentido é a Jurisprudência deste Tribunal:

> "*Ação revisional de aluguel. Execução de verba sucumbencial. Deferimento de pedido de descaracterização da personalidade jurídica e determinação da inclusão dos sócios administradores no pólo passivo da execução. Descabimento. A insuficiência de bens não justifica a desconsideração da personalidade jurídica, mas sim, como resulta inconteste da própria redação do art. 50 do atual Código Civil, o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. O só fato de uma sociedade comercial, regularmente cons-*

Acesso ao Sumário

tituída e registrada perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo, não ter bens passíveis de penhora não justifica a desconsideração de sua personalidade jurídica e a perseguição de bens particulares de seus sócios. Agravo de instrumento provido." (Agravo de Instrumento 0255758-97.2011.8.26.0000, Relator Romeu Ricupero, D. Julg. 19.01.2012)

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o fato de a empresa não possuir bens para satisfazer o credor, mesmo somado à dissolução irregular, não autoriza o avanço da cobrança sobre o patrimônio particular dos sócios se não houver quaisquer evidências de abuso da personalidade jurídica. Confira-se:

"*AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. DISSOLUÇÃO IRREGULAR E AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. CONCLUSÃO EM CONFORMIDADE COM PRECEDENTE ESPECÍFICO DA SEGUNDA SEÇÃO.*

1. Esta Corte Superior firmou seu posicionamento no sentido de que a irregularidade no encerramento das atividades ou dissolução da sociedade não é causa suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil, devendo ser demonstrada a ocorrência de caso extremo, como a utilização da pessoa jurídica para fins fraudulentos (desvio de finalidade institucional ou confusão patrimonial).

2. Conclusão do acórdão embargado em conformidade com a orientação firmada pela Segunda Seção no julgamento do EREsp 1.306.553/SC.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(...)

o quadro fático apurado pelo acórdão recorrido foi a mera dissolução irregular e a insolvência da pessoa jurídica, o que não são os requisitos da norma para desconsideração da personalidade jurídica (confusão patrimonial ou desvio de finalidade). A jurisprudência desta Corte orienta que o encerramento da sociedade somente será causa de desconsideração de sua personalidade quando sua dissolução ou inatividade irregulares tenham o fim de fraudar a lei, com o desvirtuamento da finalidade institucional ou confusão patrimonial. Tais fatos, entretanto, não foram demonstrados no caso em exame, contrariamente ao que afirmam os embargantes." (AgInt nos EAREsp 960.926/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 21/08/2017)

"*CIVIL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE. ART. ANALISADO: 50, CC/02.*

1. Ação de prestação de contas distribuída em 2006, da qual foi extraído

Acesso ao Sumário

o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/07/2013.

2. Discute-se se o encerramento irregular da sociedade empresária, que não deixou bens suscetíveis de penhora, por si só, constitui fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica.

3. A criação de uma sociedade de responsabilidade limitada visa, sobretudo, à limitação para os sócios dos riscos da atividade econômica, cujo exercício, por sua vez, a todos interessa, na medida em que incentiva a produção de riquezas, aumenta a arrecadação de tributos, cria empregos e gera renda, contribuindo, portanto, com o desenvolvimento socioeconômico do País.

4. No entanto, o desvirtuamento da atividade empresarial, porque constitui verdadeiro abuso de direito dos sócios e/ou administradores, é punido pelo ordenamento jurídico com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, medida excepcional para permitir que, momentaneamente, sejam atingidos os bens da pessoa natural, de modo a privilegiar a boa-fé nas relações privadas.

5. A dissolução irregular da sociedade não pode ser fundamento isolado para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mas, aliada a fatos concretos que permitam deduzir ter sido o esvaziamento do patrimônio societário ardilosamente provocado de modo a impedir a satisfação dos credores em benefício de terceiros, é circunstância que autoriza induzir existente o abuso de direito, consubstanciado, a depender da situação fática delineada, no desvio de finalidade e/ou na confusão patrimonial.

6. No particular, tendo a instância ordinária concluído pela inexistência de indícios do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, incabível a adoção da medida extrema prevista no art. 50 do CC/02.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n 1.395.288 - SP, 3ª Turma do STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.02.2014)

No caso, verifica-se que, além da ausência de bens e do suposto encerramento irregular, os agravantes não indicam de que forma teria ocorrido abuso da personalidade jurídica.

Ressalte-se que afirmações genéricas acerca de "*má administração ou prática de ato ilícito pelos sócios*" não bastam para a caracterização de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Sendo assim, não merece reparo a decisão agravada, uma vez que não há, por ora, indícios da ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 50 do Diploma Civil.

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 2260743-26.2021.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que são agravantes NIVALDO DE TOLEDO PIZA (ESPÓLIO) e CLARISSA GHELLER DE TOLEDO PIZA (HERDEIRO), são agravados BANCO LUSO BRASILEIRO S/A e MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.309)**

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, 10 de fevereiro de 2023.

NUNCIO THEOPHILO NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Decisão que aplicou pena por litigância de má-fé ao executado, fixada em 10% sobre o valor de débito remanescente. Inconformismo. Cabimento. Conduta que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 80 do CPC. Ausência de dolo ou conduta de má-fé por parte da agravante. Boa-fé que se presume – Inteligência do artigo 80 do CPC. Litigância de má-fé não caracterizada. Multa afastada Precedentes. Decisão reformada.

Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tirado em execução de título extrajudicial face à decisão de fls. 746 (aqui reproduzida às fls. 803), do D. Juiz de 1ª. Instância que aplicou pena por litigância de má-fé ao executado ora agravante, fixada em 10% sobre o valor de débito remanescente.

Alega o agravante que foi apenado por litigância de má-fé porque se manifestou de forma atemporal nos autos acerca da arrematação; porém entende que a penalidade ultrapassa os limites nos quais a litigância de má-fé pode e

deve ser decretada, tornando-se indevida. Destaca que a execução de título extrajudicial foi ajuizada contra a empresa NTP Corretora de seguros Ltda e seu fiador, o ora agravante, e com a penhora em imóvel de propriedade do agravante, agora espólio, ocorreu a arrematação do bem por terceiro e transcorreu *in albis* o prazo para se manifestar, entretanto peticionou por meio se seu antigo patrono de forma simples, mas o Juízo entendeu que ao peticionar merecia referida penalidade. Argumenta que a petição não gerou qualquer tumulto processual ou resistência injustificada ao andamento do processo, que teve a arrematação e o levantamento do valor para cada credor. Aduz que se tratou apenas de direito de petição, que é possível a qualquer tempo e somente informou a existência de outros sócios da empresa executada. Assevera que não se mostra cabível pena de 10% sobre o débito remanescente de, aproximadamente, R$ 92.958,46.

Busca o provimento do recurso com a anulação da penalidade.

Não há pedido de efeito suspensivo ou ativo.

O recurso foi recebido a fls. 815/816.

Intimado, o agravado deixou de apresentar contraminuta (fls. 821).

É o necessário a relatar.

Trata-se de ação de execução de título extrajudicial movida por Banco Luso Brasileiro SA em face de Ntp Corretora de Seguros Sc Ltda e Nivaldo de Toledo Piza.

Efetuado o leilão do bem arrematado, foi determinada a expedição da carta de arrematação (copiada a fls. 760).

Apresentada petição (copiada a fls. 777) pelo agravante, requerendo a declaração de nulidade da medida, o D. juízo a quo, assim decidiu: *"Acolho os argumentos do credor. A arrematação encontra-se aperfeiçoada. Não se tratando das hipóteses previstas no § 1º, do artigo 903, do C.P.C., o executado/interessado deve se valer dos meios ordinários para pleitear seu direito. Tendo em vista o lapso temporal do ato, bem como já certificado o seu decurso de prazo, aplico a pena de litigância de má-fé ao executado, peticionário de fls. 721, a qual fixo em 10% sobre o valor do débito remanescente. No mais, cumpra-se o já determinado".*

Contra a r. decisão volta-se o agravante, especificamente, no que tange à imposição da pena por litigância de má-fé.

Sabe-se que a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização de dano processual à parte adversa (STJ-1ªT., REsp 76.234, Min. Demócrito Reinaldo, j. 24.4.97, DJU 30.06.97).

O artigo 80 do Código de Processo Civil preceitua:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato in-

Acesso ao Sumário

controverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

In casu, a manifestação apresentada pelo agravante não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no citado artigo.

Ademais, como já fixou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *"a utilização dos recursos previstos em lei não caracteriza, por si só, a litigância de má-fé, sendo necessária a demonstração do dolo em obstar o trâmite regular do processo, trazendo prejuízos para a parte adversa"* (REsp. nº 615.699, Relator Min. Luiz Fux).

Esse é o entendimento desse E. Tribunal:

"AÇÃO CAUTELAR ANTECEDENTE DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – ADITAMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – Alegada inclusão indevida nos cadastros de proteção ao crédito – Sentença de improcedência – Recurso da parte autora – IMPOSIÇÃO DE PENA À APELANTE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Inadequação – Hipótese em que a autora apelante alegou que o insucesso da sua pretensão deduzida não pode ser causa de aplicação de penalidades, pois dessa forma todo aquele que for vencido na demanda seria litigante de má-fé – Autora que tem direito ao questionamento acerca da negativação realizada pelo requerido – Na litigância temerária a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação cominada na lei visa a compensar – Ausência, no caso concreto, dos elementos caracterizadores do dolo processual e de prejuízo processual ao apelado – Revogação da sanção imposta – Litigância de má-fé não caracterizada, condenação afastada – RECURSO PROVIDO". (Apelação n° 1001672-59.2019.8.26.0390; Rel.: Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 02/02/2021)

"APELAÇÃO CÍVEL. Ação de reconhecimento de inexigibilidade de débito c/c pedido de reparação de danos morais. Bancários. Sentença de Improcedência. Inconformismo. Acolhimento. Dívida inscrita junto aos

Órgãos de Proteção ao Crédito por débito que alega desconhecer. Insurgência quanto à condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Cabimento. Inexistência de prova de má-fé processual. Afastamento. Hipótese em apreço não se enquadra nas hipóteses elencadas pelo artigo 80 do Código de Processo Civil. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO, para afastar a condenação da multa de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa e 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa a título indenizatório, fixadas por litigância de má-fé". (TJSP; Apelação Cível 1007035-25.2022.8.26.0001; Rel. Penna Machado; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Julgamento: 06/02/2023)

Ademais, compulsando os autos originários, verifica-se que por acórdão proferido por esta Turma Julgadora em 11/01/2023, foi pronunciada a nulidade dos atos de expropriação judicial, retornando as partes ao *status quo ante*, o que significa dizer que a petição apresentada pelo agravante não trouxe qualquer prejuízo ao andamento processual ou às partes.

Anote-se, por derradeiro, que o julgador não está obrigado a examinar, um a um, todos os pontos e legislação invocados pelas partes, quando a solução da lide não passe necessariamente por seu exame, o que não se confunde com omissão ou obscuridade do julgado, bastando que a decisão proferida esteja devidamente fundamentada[1].

Posto isto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso para afastar a penalidade aplicada.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002391-72.2022.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante LAURIDES DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO VOTORANTIM S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20037)**

Acesso ao Sumário

1 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.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), CÉSAR ZALAF e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 9 de dezembro de 2022.

PENNA MACHADO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação Revisional de Contrato cumulada com repetição de indébito. Bancários. Sentença de Improcedência. Inconformismo. Acolhimento em parte. Em Contratos Bancários, nos quais figura como contratada Instituição Financeira integrante do Sistema Financeiro Nacional, não é abusiva a pactuação de juros à taxa superior a 12% (doze por cento) ao ano, por não lhes aplicarem as Disposições do Decreto nº 22.626/33, de acordo com o teor da Súmula nº. 596 do STF. Capitalização de Juros. Abusividade. Não ocorrência. Admissibilidade de capitalização dos juros nas relações jurídicas ocorridas após a Medida Provisória nº 1.963-17/2000. Inteligência das Súmulas nº 539 e 541, editadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Cobrança de tarifa de cadastro. Legalidade. Matéria apreciada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em Julgamento de Recursos Especiais Representativos de controvérsia. REsp nº 1.251.331/RS. Tarifa de registro de Contrato. Cobrança legítima. Julgamento em conformidade com Recurso Especial Repetitivo: Tema 958/STJ. Tarifa de avaliação de bem. Ausência de comprovação efetiva de prestação do serviço. Cobrança indevida. Devolução do valor pago a título de capitalização parcela premiável. Cabimento. Hipótese em que a cobrança não possui relação direta com o financiamento do automóvel descrito nos Autos. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO para se julgar parcialmente procedentes os pedidos da Parte Autora, a fim de declarar a abusividade das cobranças referentes à taxa de avaliação de bem (R$ 250,00) e a quantia referente ao "título de capitalização - parcela premiável" no importe de R$ 336,39 (trezentos e trinta e seis reais e trinta e nove centavos), bem como determinar a devolução de forma simples dos valores, corrigidos monetariamente a

Acesso ao Sumário

partir da data dos desembolsos e acrescidas de juros de mora contados da citação.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta em face da r. sentença de fls. 160/175 que, nos Autos de "Ação Revisional de Contrato cumulada com repetição de indébito", julgou improcedente a Ação, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inconformado, apela o Autor (fls. 178/189), alegando, em síntese, deva ser revista a taxa aplicada em seu Contrato de financiamento, uma vez que há claramente uma discrepância nos valores praticados pela Apelada.

Afirma que restou configurada a abusividade na cobrança da taxa de juros, muito acima da taxa média de Mercado, além de outros elementos abusivos, bem como assevera a vedação de cobrança de juros capitalizados.

Sustenta a ilegalidade da cobrança de tarifa de avaliação de bens, registro de Contrato, de cadastro e título de Cap Parc Premiável, pois não há no Contrato firmado entre as Partes qualquer detalhamento da prestação destes serviços, não existindo a comprovação dos serviços cobrados.

Por fim, requer a reforma da r. sentença de Primeiro Grau.

Recurso processado regularmente, sem a apresentação de Contrarrazões (fls. 193/205).

É o breve Relatório.

Respeitado entendimento diverso, o Recurso comporta parcial provimento.

Cuida-se de "Ação Revisional de Contrato cumulada com repetição de indébito" proposta por "LAURIDES DE MORAES" em face de "BANCO VOTORANTIM S.A.", objetivando, em suma, a declaração de nulidade das cláusulas abusivas de capitalização mensal de juros e que seja fixado percentual de juros conforme aqueles praticados pelo Mercado (Banco Central), bem como que sejam expurgadas as cobranças indevidas, a título de tarifas bancárias (de cadastro, de registro de Contrato, avaliação de bem) e de título de capitalização (parcela premiável).

Pois bem.

Inquestionável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos bancários, consoante o Enunciado da Súmula nº 297, do Superior Tribunal de Justiça, todavia, na hipótese dos Autos, sua incidência não implica na automática revisão dos Contratos Bancários, pois, conforme igualmente sedimentado, somente é "*admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a*

Acesso ao Sumário

abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto" (Tema repetitivo nº 27, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça).

Neste contexto, como já decidido pelos Tribunais Superiores, "*as Instituições Financeiras não se sujeitam às limitações dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33)*", (Tema repetitivo nº 24, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e Súmula 596 do Colendo Supremo Tribunal Federal).

Ou seja, a própria Corte Constitucional pacificou entendimento que o teor da Súmula nº 121, por ela mesmo editada, não se aplica às Instituições Financeiras, como no caso em tela.

Por outro lado, não há ofensa ao artigo 51, inciso IV, do referido Diploma Consumerista, eis que "***a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade***". (Súmula nº 382, do Colendo Superior Tribunal de Justiça).

Ora, o Autor teve a opção de escolher, dentre as diversas Instituições Financeiras existentes, aquela cujas taxas melhores atendiam seu interesse.

Na hipótese dos Autos, a capitalização restou expressamente pactuada no Contrato consolidado entre as Partes, eis que o Apelante tinha ciência das taxas pré-fixadas cobradas (**1,50% ao mês e 19,61% ao ano**, com o Custo Efetivo Total - CET 2,35 % ao mês e 32,61 % - ao ano fls. 34).

Nesta esteira, não há que se cogitar do elemento "surpresa" quanto aos valores fixos e inalteráveis, das **48** (quarenta e oito) parcelas mensais que livremente assumiu.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, a propósito, já decidiu:

> "*(...) O artigo 5º da Medida Provisória 2.170-36 permite a capitalização de juros remuneratórios, com periodicidade inferior a um ano, nos Contratos Bancários celebrados após 31-03-2000, data em que o Dispositivo foi introduzido na MP 1.963-17 (...)*" (STJ RESP 603.643/RS, Segunda Seção, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 22.9.04, DJ 21.3.05, p.212).

Neste sentido, confira-se recente Entendimento consagrado nas Súmulas nº 539 e 541, editadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que receberam os seguintes enunciados, respectivamente:

> "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em Contratos celebrados com Instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada".

Acesso ao Sumário

"*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*".

Em relação à tarifa de cadastro, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.251.331-RS sob o regime dos Recursos Repetitivos, estabeleceu:

"*1. Nos Contratos Bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das Tarifas de Abertura de Crédito (TAC) e de Emissão de Carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto; 2. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em Norma padronizadora expedida pela Autoridade Monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador.* ***Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da Autoridade Monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a Instituição Financeira****; 3. Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de Financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.*" (REsp nº 1251331. Julgado em 28/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Seção. Ministra: Maria Isabel Gallotti). (grifos nossos).

Sob tais enfoques, a tarifa de cadastro (R$ 789,00) estava autorizada para o período, como decorre da correta interpretação e aplicação do Julgado acima mencionado.

Até porque, a tarifa de cadastro foi cobrada uma única vez, conforme se depreende no Contrato (item **D2** - fl.34).

Quanto à cobrança de "tarifa de registro", tal assunto foi afetado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (Tema 958), que fixou tese no sentido de que tal cobrança, em tese, não conflita com a regulação bancária.

Ressalvada, entretanto, a hipótese de abuso na cobrança por serviço não prestado.

No caso em tela, nota-se que restou demonstrado a efetiva prestação do referido serviço, conforme se depreende da cópia do documento do veículo com o registro de alienação junto ao Órgão de Trânsito competente (**colacionado aos Autos pelo próprio Autor às fls.40**), devendo ser considerada legítima tal cobrança.

Acesso ao Sumário

Contudo, no que tange à taxa de avaliação de bem, tal serviço não restou comprovado a contento, e, mesmo que haja expressa previsão contratual a possibilitar tal cobrança, esta somente é válida se corresponder a efetiva e eficaz prestação de serviços pela Parte Ré, sob pena de convalidar o enriquecimento sem causa.

Neste particular, o documento colacionado à fls. 142/143, não pode ser considerado, em qualquer hipótese, como prova de Laudo de Avaliação efetivo, pois o Banco Réu se limitou a juntar documento denominado "Termo de Avaliação de Veículo", o qual **sequer** há assinatura do avaliador e do financiador, tratando-se, na verdade, de mera análise superficial do veículo, não constituindo documento hábil de modo a justificar a cobrança da tarifa de avaliação.

Logo, ausente evidência real a comprovar a efetiva prestação de serviços referentes à taxa de avaliação de bem (R$ 250,00), inviável a sua exigibilidade, cabendo o reconhecimento da abusividade da cobrança de tal quantia.

Por fim, o valor pago a título de capitalização parcela premiável, também deve ser devolvido também à Parte Autora, pois a cobrança não possui relação direta com o financiamento do veículo automotor descrito nos Autos.

Neste sentido, oportuno colacionar o seguinte Julgado desta C. Câmara de Direito Privado:

> "*APELAÇÃO* – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO C.C. RESTITUIÇÃO DO *INDÉBITO – Parcial procedência – Insurgência da Parte Autora. TARIFAS BANCÁRIAS – Tarifa de cadastro –Julgamento de Recurso Repetitivo – REsp n. 1.251.331-RS – Considerada válida referida tarifa expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária – Contrato firmado posteriormente à vigência da Resolução CMN 2.303/96 (30.04.2008) – Cobrança válida.* ***TARIFA BANCÁRIA –*** Título de capitalização ***– Cap. Parc. Premiável – Exigência abusiva*** *– Objeto do Contrato de Financiamento que não mantém relação com a cobrança praticada –* ***Seguro Proteção Financeira – Entendimento do STJ exarado em Julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.639.320-SP – Tema 972 – Ausência de comprovação de que ao Autor foi dada oportunidade de contratar ou não o seguro ou escolher Seguradora de sua preferência – Abusividade reconhecida*** *– Valores excluídos – Sentença reformada nesse ponto – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO*". (Apelação Cível nº 1026056-52.2020.8.26.0002; Relator: Des. Lavínio Donizetti Paschoalão; Data do Julgamento: 14/05/2021)

Sendo assim, de rigor a reforma da r. sentença, para se julgar procedente a Ação, a fim de determinar a restituição ao Apelante do montante de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) de tarifa de avaliação de bem e a quantia referente

Acesso ao Sumário

ao "título de capitalização - parcela premiável" no importe de R$ 336,39 (trezentos e trinta e seis reais e trinta e nove centavos), bem como determinando-se a devolução de forma simples dos valores, corrigidos monetariamente a partir da data dos desembolsos e acrescidas de juros de mora contados da citação.

Diante do decaimento mínimo da Instituição Financeira Ré, arcará exclusivamente o Autor com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios já fixados no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, **observando-se, porém**, a gratuidade processual concedida ao Requerente.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso, para se julgar parcialmente procedentes os pedidos da Parte Autora, a fim de declarar a abusividade das cobranças referentes à taxa de avaliação de bem (R$ 250,00) e a quantia referente ao "título de capitalização - parcela premiável" no importe de R$ 336,39 (trezentos e trinta e seis reais e trinta e nove centavos), bem como determinando-se a devolução de forma simples dos valores, corrigidos monetariamente a partir da data dos desembolsos e acrescidas de juros de mora contados da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002521-59.2021.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é apelante MARIA DAS GRAÇAS MENDES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO AGIBANK S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40221)**

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

São Paulo, 9 de dezembro de 2022.

GIL COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Contrato bancário – Empréstimo pessoal – Cobrança de taxa de juros bem acima da média de mercado – Abusividade – Recálculo da dívida com aplicação de uma vez e meia a taxa média para o negócio discutido nos autos e condenação da instituição financeira à restituição, de maneira simples, da diferença paga – Danos morais inexistentes – Apelação provida, em parte.

VOTO

Pretensão de revisão de contrato julgada improcedente, adotado o relatório da r. sentença.

Em apelação, a autora alegou a abusividade na taxa de juros cobrada pelo réu, que supera em quase quatro vezes a média de mercado, pugnando pela aplicação da decisão firmada no Recurso Especial Repetitivo nº 1.061.530-RS. Falou que, no presente caso, a taxa anual praticada pelo réu, de 243,84%, supera em muito a taxa média divulgada pelo Banco Central, de 80,30%, devendo ser revista. Requereu a devolução dobrada dos valores cobrados a maior, sustentando que a má-fé do requerido restou comprovada em razão da reincidência de tal prática. Afirmou a ocorrência de danos morais, ressaltando os caracteres reparatório e punitivo do instituto. Postulou pelo provimento do recurso.

Houve resposta.

Eis o relatório.

Conforme consta dos autos, a autora firmou com o requerido, em 30/11/2020, o contrato de empréstimo pessoal nº 1214660457 (fls. 25/27), no valor de R$ 2.174,16, pago em quinze parcelas de R$ 301,27, a primeira com vencimento em 04/01/2021 e a última em 04/03/2022, à taxa de juros de 10,84% ao mês e de 243,84% ao ano (Custo Efetivo Total de 246,56% ao ano).

Não se ignora que os empréstimos são concedidos pelas instituições financeiras mediante análise do perfil do mutuário e que os encargos são calculados de acordo com os riscos envolvidos, mas, no caso em análise, a taxa de juros remuneratórios foi pactuada bem acima da média praticada pelo mercado, o que, evidentemente, coloca o consumidor em desvantagem exagerada e, portanto, autoriza a revisão pretendida.

Neste sentido é a orientação firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em julgamento ocorrido sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (Recurso Especial n.º 1.061.530/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, C. 2ª Seção, j. em 22/10/2008):

> "É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a

Acesso ao Sumário

abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto."

No tocante à alegação de taxa de juros abusiva, no período de normalidade, há que se tomar como parâmetro para a caracterização de abusividade o contrato que prever taxa que supere uma vez e meia a taxa média de mercado publicada pelo Bacen para a operação financeira em exame. Tal parâmetro encontra amparo em julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em voto do Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER, proferido no Recurso Especial nº 271.214-RS, contendo referência a anterior decisão do eminente Ministro tomada, em 1º.08.2001, no Agravo de Instrumento nº 388.622-MG, do seguinte teor: "*Nego provimento ao agravo; se o acórdão, confortado por laudo pericial, dá conta de que os juros praticados na espécie excediam em quase 50% à taxa média de mercado, não há como fugir da conclusão de que são, mesmo, abusivos.*"

A taxa média de juros para o tipo do mútuo em discussão, em novembro de 2020, foi de 5,03% ao mês, segundo informação disponibilizada pelo BACEN na internet sob título de "SGS - Sistema Gerenciador de Séries Temporais - v2.1" subtítulos "Indicadores de Crédito", "Taxas de Juros - % a.m., "Taxas de Juros com recursos livres", "Taxa média mensal de juros - Pessoas físicas - Crédito pessoal não consignado".

Verificada, no caso, que a taxa de juros praticada supera o parâmetro acima mencionado, inafastável concluir-se pela sua abusividade, com consequente redução para uma vez e meia a taxa média de mercado, que deverá prevalecer, recalculada remuneração do contrato.

Valores cobrados em excesso deverão ser restituídos à autora, de maneira simples, com juros desde a citação e correção monetária contada dos respectivos desembolsos. Ressalte-se, aqui, que não há que se falar em devolução em dobro de valores, tendo em vista que a jurisprudência é firme no sentido de que, para a repetição dobrada, é necessária a existência não só de pagamento indevido, como também a má-fé do credor (AgInt no REsp 1449237/PR, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, 3ª Turma, j. em 25/4/2017). E, no presente caso, a má-fé não restou configurada.

Por fim, não há que se falar em reparação por danos morais. A discussão se limitou a interesses negociais, não interferindo na honra ou na esfera íntima ou psíquica da autora.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade do pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária, fixados, por equidade, em R$ 700,00, observada a gratuidade judiciária concedida à requerente.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento em parte à apelação, para

Acesso ao Sumário

recálculo da dívida de acordo com os parâmetros aqui fixados (uma vez e meia a taxa média).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000085-08.2022.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante ISABELLA ALVES DOS SANTOS, é apelado INSTITUTO EDUCACIONAL PIRACICABANO DA IGREJA METODISTA.

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 43111)**

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

São Paulo, 12 de dezembro de 2022.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: MONITÓRIA – Contrato de Prestação de Serviços – Ensino – Instiuição de ensino que reclamou o pagamento das mensalidades de fevereiro e junho de 2017 – Apelante não demonstrou o pagamento – Possibilidade de exigir o pagamento a qualquer tempo, desde que não prescrita a dívida – Montante que não merece reparo diante da cláusula 4 do contrato celebrado pelas partes – Recurso não provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 138/140, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação monitória, rejeitando os embargos e converteu em título judicial o contrato de fls. 23, corrigidos pela tabela do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir do ajuizamento da ação mais juros de mora de 12% ao ano a contar da citação. Carreou as verbas de sucumbência à ré, fixados os honorários advocatícios em R$ 1.500,00.

Aduz a apelante para a reforma do julgado que a apelada não demonstrou sua condição de juridicamente pobre, impondo-se a revogação da mercê; a dívida é inexistente, tendo encerrado suas atividades perante a instituição de ensino sem qualquer cobrança; o valor foi exigido após quase cinco anos do ocorrido;

apesar do alegado débito, continuou a usufruir da bolsa de estudos até o final do curso e afirma que o documento que comprova a dívida foi confeccionado unilateralmente.

Recurso tempestivo, contrariado e preparado.

É o relatório.

A apelante afirma que o benefício da assistência judiciária gratuita concedido à instituição de ensino não pode ser mantido diante da ausência de comprovação da condição de juridicamente pobre.

Todavia, a mercê foi indeferida pelo despacho de fls. 56/59.

A presente ação monitória se fundamenta em Contrato de Prestação de Serviços Educacionais celebrado em 02 de fevereiro de 2017, objetivando o recebimento do valor das mensalidades vencidas em 07 de fevereiro de 2017 e 07 de junho de 2017, que totalizam R$ 6.675,30, referente ao curso Superior de Tecnologia em Gastronomia.

A inicial foi instruída com o Contrato de Prestação de Serviços Educacionais, o Histórico Escolar e a planilha discriminada do débito.

A apelante não demonstrou o pagamento das parcelas reivindicadas, apenas alegou que fez matrículas e continuou recebendo o benefício da bolsa de estudos no decorrer de seu curso, sem lhe ser apresentada qualquer cobrança.

Afirma, ainda que concluído o curso e finda a relação comercial nada lhe foi exigido, causando estranheza a cobrança após quase cinco anos, momento próximo à prescrição.

Contudo, o credor pode exigir o pagamento da dívida quando lhe aprouver, desde que não esteja prescrita.

Os boletos das mensalidades acostados com os embargos monitórios não trazem autenticação mecânica de caixa do banco ou mesmo comprovante de pagamento por meio digital.

*"O mais notório e ilustrativo dos ônus processuais é o da **prova**. Ao demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse, a parte está favorecendo o acolhimento de sua própria pretensão..."(Instituições de Direito Processual Civil - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO - Vol. II, p. 205).*

Destarte, a apelante não demonstrou o pagamento das mensalidades reclamadas nesta ação, tampouco a existência de algum impedimento para a cobrança.

De resto, não merece reparo o valor exigido pela instituição financeira diante do disposto na cláusula 4 do Contrato de Prestação de Serviços Educacionais (fls. 23).

Por conseguinte, imperiosa a manutenção da r. sentença tal como lançada.

Em atendimento ao disposto no art. 85, § 11 do CPC eleva-se a verba

Acesso ao Sumário

honorária para R$ 1.600,00.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001444-17.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MSK OPERAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA., é apelada LIEGE SCAURI FONSECA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 40260)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e ANGELA LOPES.

São Paulo, 13 de dezembro de 2022.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM DEVOLUÇÃO DE VALORES (DANO MATERIAL). INVESTIMENTO EM CRIPTOATIVOS. JUSTIÇA GRATUITA. Benefícios da Justiça Gratuita à Apelante. Impossibilidade. Recuperação judicial que, por si só, não implica insuficiência absoluta de recursos, que deveria ser comprovada por meio de provas cabais de natureza fiscal e contábil. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Inutilidade da juntada dos documentos pretendidos, e descabimento do pedido de suspensão do feito até a conclusão do inquérito policial. Independência das instâncias cível e criminal. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE ORIGEM. Alegação que beira a litigância de má-fé, já que a Ré requereu a remessa dos autos ao Foro do Juízo de origem. Impossibilidade de alteração pela cláusula de foro de eleição dos foros regionais (Juízos) fixados pela Lei de organização judiciária, por se tratar de competência absoluta. REGIME CONSUMERISTA. Incidência do CDC à hipótese de prestação de serviços de negociação de criptomoe-

Acesso ao Sumário

das. Precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo. RESCISÃO CONTRATUAL. Manutenção. Reconhecimento do inadimplemento da Ré, que não cumpriu com suas obrigações contratuais. RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ NÃO PROVIDO, com observação.

VOTO

Trata-se de "ação de rescisão contratual com pedido de danos materiais e de concessão de tutela antecipada em caráter antecedente" (*e*-fls. 01/10) ajuizada por LIEGE SCAURI FONSECA contra MSK OPERAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA. **julgada procedente** pela r. sentença (*e*-fls. 250/252), cujo relatório adoto, para determinar a rescisão do contrato firmado, sem quaisquer ônus à Autora, e para condenar a Ré MSK OPERAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA. a restituir à Autora a quantia de R$350.000,00, corrigida monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a partir do desembolso (fls. 22), e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Em razão da sucumbência, condenou também a Ré ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios do patrono da Autora, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a Ré interpôs recurso de apelação (*e*-fls. 480/498), pleiteando os benefícios da Justiça Gratuita, em especial ante a formulação de pedido de recuperação judicial. Apontou, preliminarmente, a incompetência do Foro Regional de Santo Amaro para o processamento da demanda, bem como a ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito, afirmou que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos, e pontuou que a atividade realizada (Prestação de serviço de assessoria, trading e intermediação de Criptomoedas) é sujeita a riscos inerentes ao mercado de capitais, pretendendo a improcedência do feito.

O recurso foi regularmente processado e, intimada, a Autora apresentou contrarrazões (*e*-fls. 369/382).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou procedente a "ação de rescisão contratual com pedido de danos materiais e de concessão de tutela antecipada em caráter antecedente" ajuizada por LIEGE SCAURI FONSECA contra MSK OPERAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA.

Com efeito, a causa de pedir inicial dizia respeito à negociação entre as partes de "*contratação de serviços de assessoria, negociação e intermediação em negócios de criptomoedas*" (*e*-fls. 12/21), por meio do qual a Autora investiu R$350.000,00, com a promessa de receber rendimentos da ordem de 5% ao

Acesso ao Sumário

mês. Todavia, ao tentar resgatar os valores, foi surpreendida com "comunicado geral" de descontinuação do produto, negativa da Ré de devolução imediata do importe e seu posterior pedido de recuperação judicial.

A liminar de arresto de valores foi indeferida pelo Juízo de origem (e-fls. 58/59), com interposição de recurso de agravo de instrumento pela Autora.

A Ré apresentou contestação (e-fls. 119/135). Preliminarmente, apontou a carência da ação por falta de interesse de agir, já que não houve tentativa de resolução administrativa prévia, e indicou a impossibilidade de inversão do ônus probatório. No mérito, destacou que o contrato celebrado era de risco e não garantia rentabilidade. Requereu a improcedência do feito.

Sobreveio o julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 2300451-83.2021.8.26.0000, que deferiu o pedido de arresto de valores até o montante de R$350.000,00, diante do preenchimento dos requisitos constantes do art. 300 do Código de Processo Civil (e-fls. 113/118).

A Autora apresentou réplica, repisando as teses apresentadas na petição inicial (e-fls. 162/171).

Em especificação de provas, a Autora requereu o julgamento antecipado do feito e a Ré apresentou alegações finais, pretendendo o sobrestamento do feito pelo prazo de 90 (noventa) dias, até a conclusão da investigação policial acerca da atividade exercida.

Sobreveio a r. sentença que, em julgamento antecipado do mérito, julgou procedente a demanda, para determinar a rescisão do contrato firmado, sem quaisquer ônus à Autora, e para condenar a Ré MSK OPERAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA. a restituir à Autora a quantia de R$350.000,00, devidamente corrigida, reconhecendo a aplicação do CDC.

Em sede recursal a Ré pleiteou o deferimento dos benefícios da Justiça Gratuita, em especial ante a formulação de pedido de recuperação judicial. Apontou, preliminarmente, a incompetência do Foro Regional de Santo Amaro para o processamento da demanda, bem como a ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito, afirmou que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos autos, e pontuou que a atividade realizada (Prestação de serviço de assessoria, trading e intermediação de Criptomoedas) é sujeita a riscos inerentes ao mercado de capitais.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

Em primeiro lugar, não faz jus a Ré aos benefícios da Justiça Gratuita.

Isso porque é cediço que, nos casos em que se pleiteia o beneplácito da gratuidade judiciária, a pessoa jurídica com fins lucrativos, ao contrário da pessoa física, não detém presunção "juris tantum" com a mera declaração de pobreza. Nesse sentido, diz a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*O benefício da assistência judiciária gratuita é extensivo à pessoa jurídica, desde que comprovada a sua impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção. ÓRGÃO JULGADOR: CE, 1ª T, 3ª T, 4ª T, 5ª T, 6ª T*".

Logo, deve tal espécie de ente comprovar cabalmente a situação financeira desfavorável, que faz com que não possa arcar com o pagamento dos encargos processuais, sem prejuízo de suas atividades comuns ou de sua continuidade econômica. No mesmo sentido, ademais, exigindo prova cabal da insuficiência de recursos, observe-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ASSISTÊNCIA GRATUITA A CONDOMÍNIO – DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO PARA, DE PRONTO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1***. Cuidando-se de pessoa jurídica (com ou sem fins lucrativos), a concessão da gratuidade somente é admissível se comprovada a impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Súmula 481/STJ***. Hipótese em que a Corte estadual considerou não demonstrada a insuficiência de recursos do condomínio, razão pela qual indeferido o pedido de assistência judiciária. Necessário reexame do acervo fático-probatório dos autos a fim de suplantar tal cognição. Incidência da súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 405218/RJ, 4ª t., rel. Min. Marco Buzzi, j. 13.OUT.2015, DJe 21.OUT.2015). (destacado).

Aliás, o teor da referida Súmula nº. 481, do C. STJ, não deixa dúvidas sobre o tema: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.".

E, na hipótese dos autos, a mera alegação de recuperação judicial e insuficiência de bens pela Apelante, por si sós, não são prova cabal de insuficiência de recursos, já que, pelo que consta dos autos. Os documentos acostados pela Ré, contudo, não comprovam a alegada hipossuficiência econômica. O balanço patrimonial do ano de 2022 aponta a existência de patrimônio líquido no valor de R$11.614.780.

Logo, não merecendo os benefícios da gratuidade, deverá a Ré recolher o valor das custas recursais junto ao MM. Juízo de Primeira Instância, sob as penas do art. 102, do Código de Processo Civil, inclusive inscrição do débito junto à Dívida Ativa estadual.

Em relação ao cerceamento de defesa, vê-se que, no caso em tela, era prescindível a produção de provas, uma vez que os documentos acostados aos autos foram suficientes para decidir a lide.

Conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça "*presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz,*

Acesso ao Sumário

e não mera faculdade, assim proceder" (REsp. 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, j. 14.8.90, V.U., DJU 17.9.90, p. 9.513).

Como é sabido, o destinatário da prova é o juiz, pois a ele compete, dentro do princípio da livre admissibilidade das provas, determinar aquelas necessárias à formação do seu livre convencimento motivado no julgamento da causa.

Assim, diante dos princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (CPC/2015, arts. 370 e 371), não cabe qualquer interferência na livre convicção do magistrado, que deve prevalecer, inexistindo ilegalidade ou inconstitucionalidade no julgamento do feito após a formação do convencimento do juízo, no sentido de prestar a tutela jurisdicional adequada.

Ademais, corroborando com o quanto exposto, vale citar a lição do i. Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual "A atividade probatória que se realiza no processo visa a demonstrar que as alegações feitas são verdadeiras e, portanto, dignas de credibilidade no momento de julgar. Através das atividades probatórias, suas próprias e das partes, o juiz procura verificar da veracidade ou inveracidade das alegações destas, seja mediante a reconstituição histórica de fatos passados (...), seja mediante o exame de situações presentes (...)". (Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 6ª edição. Editora Malheiros. p. 630).

Ora, entendendo o Magistrado pela desnecessidade da produção da prova pretendida, mas optando tão somente pelo julgamento antecipado da lide, e inexistindo qualquer vício que maculasse o processo, atingindo o direito de defesa da Ré, não se vislumbra possível a interferência na livre convicção fundamentada.

No caso em tela, a Ré alegou a ocorrência de cerceamento de defesa, diante da necessidade de se aguardar o encerramento das investigações criminais. Para tanto, apontou que há fortes indícios de malversação dos valores percebidos por parte de seus sócios.

Todavia, o encerramento da investigação criminal é irrelevante à presente demanda, uma vez que vigora no ordenamento pátrio o sistema da independência das instâncias cível e criminal.

Acesso ao Sumário

Ademais, a alegada malversação dos ativos pelos sócios da Ré constituiria motivo para a manutenção da sentença de procedência do feito, corroborando o inadimplemento contratual, e não para afastar a responsabilidade da Ré.

Logo, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Em sede recursal a Ré pretendeu o reconhecimento da competência do Foro Central Cível da Capital para o processamento do feito.

Contudo, nota-se que a competência do Foro Regional de Santo Amaro (Foro do Juízo de origem) foi alegada pela própria Ré, às e-fls. 65/67: "*Diante o exposto, em respeito à segurança jurídica e pela preservação da ordem pú-*

blica, faz-se necessário a conexão das ações, requerendo-se a redistribuição deste processo ao Juízo competente e prevento da 13ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro/SP, para fins de harmonização das decisões."

Além disso, pontua-se que o sistema processual brasileiro não admite a escolha do Juízo, mas somente a escolha do Foro, assim compreendido como Comarca, sob pena de afronta ao princípio constitucional do juiz natural.

Logo, é nula a cláusula de eleição de foro que determina em qual Foro Regional deve tramitar a ação proposta, uma vez que se trata de competência funcional, de natureza absoluta, observando-se as normas de organização judiciária.

De acordo com a organização judiciária, o Foro da Capital do Estado de São Paulo é um só, que, para fins de melhor distribuição da justiça, foi dividido em juízos (central ou regionais), cuja competência é apurada com base nos critérios da lei de organização judiciária (Lei Estadual nº 3.947/83 e Res. 02/76, do TJ/SP), com a análise das limitações territoriais de cada um dos foros integrados.

Assim, somente poderiam as partes fixar a Comarca em que tramitaria a ação, mas não alterar as regras de competência dos Juízos.

Nesse sentido há diversos precedentes deste TJSP:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de despejo por falta de pagamento. Cláusula contratual de eleição de foro que deve ficar restrita à comarca onde está o imóvel - Na capital a distribuição de competências, nesta hipótese, é absoluta. Desconsideração da eleição do fórum regional e fixação da competência pelo fórum regional onde tem endereço o bem locado. Competência do MM. Juiz suscitado." (CC nº 0082760-89.2012.8.26.0000 - Relator: Roberto Solimene - Câmara Especial - Data do julgamento: 03/09/2012)."

"COMPETÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DETERMINADA REMESSA DOS AUTOS PARA O FORO REGIONAL DO DOMICÍLIO DA RÉ. ADMISSIBILIDADE. CASO EM QUE SE CUIDA DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA DO FORO REGIONAL. HIPÓTESE EM QUE OBSERVADA, AINDA, A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO, VALIDAMENTE PACTUADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO." (TJSP, 2123532-45.2021.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Vitor Guglielmi, j. 05/07/2021)

"COMPETÊNCIA – Propositura da ação no domicílio da autora, na cidade de São Paulo – Faculdade prevista no artigo 101, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor – Impossibilidade de escolha do foro – Redistribuição do processo ao foro regional do seu domicílio – Lei de organização judiciaria – Competência absoluta – Possibilidade de reconhecimento de ofício: – É faculdade da consumidora optar pelo ajuizamento da ação no local de seu domicílio, devendo, no entanto, serem respeitadas as normas de organização judiciária

Acesso ao Sumário

relativa à distribuição dos foros na Comarca de São Paulo, cuja competência é funcional, sendo possível o seu reconhecimento de ofício, para determinar o encaminhamento do processo ao Foro Regional do domicílio da autora. RECURSO PROVIDO EM PARTE.*" (TJSP, 2026823-45.2021.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Nelson Jorge Júnior, j. 01/07/2021).*

Assim, rejeita-se a preliminar de incompetência do Foro Regional de origem.

Quanto ao mérito, pois, aduziu a Ré que não teria aplicação o Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos, bem como a ausência de caracterização de sua atividade empresarial como "*operação de pirâmide financeira*". Apontou os riscos inerentes ao mercado de capitais, requerendo a improcedência do feito.

Tem-se que é aplicável o Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos, seja por se tratar de atividade financeira eminentemente técnica e para a qual o contratante pessoa física é patentemente hipossuficiente em relação à pessoa jurídica que presta tais serviços, seja porque a contratante Autora é destinatária final dos serviços prestados pela Ré (art. 2º, CDC).

Aliás, a jurisprudência pátria já se inclina para o entendimento de que a relação negocial vigente entre as partes é subordinada aos ditames do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se precedente deste E. Tribunal de Justiça:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ***Prestação de serviços de intermediação de compra e venda de criptomoedas. (...) EXAME: Relação contratual que se sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor***. Prova documental constante dos autos que é segura na indicação da falha na prestação dos serviços por parte da Corretora ré. Troca de 'e-mails' entre as partes reveladora de que o investidor buscou, de forma reiterada, solução suasória com a Fornecedora para a 'liberação' do saldo de investimento, cujo atraso foi justificado pela 'alta demanda', pela 'lentidão' e pelos 'recordes' alcançados pelo 'mercado de bitcoin... chegando a um crescimento extraordinário de 500% no volume de operações, cadastro e suporte da FOXBIT', com pedido de desculpas e, não bastasse, de 'paciência' ao consumidor. Ausência de capacidade técnica e organizacional para validar a operação no prazo máximo estimado de três (3) dias úteis bem evidenciada, sobretudo porque não exigida do demandante providência específica a seu cargo para viabilizar a transação a tempo. Frustração da legítima expectativa nutrida pelo consumidor de valer-se da 'alta' do Mercado de criptomoedas. Caso dos autos que está a exigir a condenação da Corretora ré no pagamento do desfalque material sofrido pelo autor, consistente na variação do poder de compra da 'bitcoin' no dia 04 de dezembro de 2017 (3 dias úteis após a realização dos depósitos mencionados) e no dia 18 de dezembro de 2017 (data da disponibilização do saldo para investimento), até o limite do valor disponível para investimento (R$ 64.995,00). 'Quantum' indenizatório que demanda apuração mediante liquidação por arbitramento, 'ex vi' dos artigos 509, inciso I, e 510, ambos do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil. Quantia pleiteada pelo recorrente na soma de R$ 23.118,84, correspondente ao pagamento de dezoito (18) parcelas do mútuo bancário por ele contraído para o investimento objeto de discussão e do seguro correlato que, todavia, não comporta reparação, por não decorrer de conduta desidiosa da Fornecedora. Dano moral indenizável não configurado. Dissabor que não passou da esfera do aborrecimento, transtorno ou percalço do cotidiano. Sucumbência recíproca bem configurada no caso dos autos, circunstância que impõe a distribuição meio a meio das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos aos Patronos de cada parte adversa, que são arbitrados na quantia total equivalente a dez por cento (10%) do valor da condenação, 'ex vi' dos artigos 85, §2º, e 86, 'caput', do Código de Processo Civil. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (Apelação cível nº 1004906-79.2019.8.26.0477, 27ª Câm. De Dir. Privado, rel.ª Des.ª Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 11.MAI.2021). (destacou-se).

E, uma vez que a Ré noticiou a descontinuação do produto (investimento em criptoativos com o retorno de 5% ao mês), bem como cessou com as transferências mensais contratualmente avençadas, em discordância com o que havia sido avençado, reconhece-se o seu inadimplemento contratual, ocasionando a rescisão contratual e devolução integral dos valores investidos pela Autora.

Nesse sentido, colacionam-se julgados prolatados por este Eg. Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C COBRANÇA. GESTÃO DE NEGÓCIOS ENVOLVENDO INVESTIMENTO EM CRIPTOMOEDAS. Pedido julgado procedente na origem apenas quanto a uma das corrés. Pretensão recursal voltada à extensão da condenação às rés ATLAS PROJ TECNOLOGIA LTDA e ATLAS SERVICES SERVIÇO DE SUPORTE ADMINISTRATIVO E DE CONSULTORIA EM GESTÃO EMPRESARIAL LTDA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Incidência. Figura do consumidor investidor reconhecida. Precedentes do E. STJ. DESCONSIDERAÇÃO INDIRETA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Cabimento. Grupo econômico existente. Atuação conjunta de todas as corrés para o desenvolvimento da atividade empresarial. Todas as sociedades limitadas unipessoais, com objetos sociais similares, contam com o mesmo sócio. Atuação de duas delas no mesmo endereço. Era possível que o consumidor tratasse com representantes de todas elas no que toca ao negócio celebrado. Deliberação da CVM reconhecimento o oferecimento conjunto de oportunidade de investimento. Solidariedade passiva das fornecedoras. Precedentes desta C. Corte envolvendo o grupo ATLAS. Sentença reformada nesse particular. SUCUMBÊNCIA. Redistribuição do ônus. RECURSO PROVIDO." (TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 1025380-67.2021.8.26.0100, Desa. Relatora Rosangela Telles, j. 23.SET.2022).

"AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E RESTITUIÇÃO DE QUANTIA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INVESTIMENTOS FINANCEIROS EM CRIPTOMOEDA – INADIMPLEMENTO INCONTROVERSO

Acesso ao Sumário

– SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO POR TRÊS DOS RÉUS – PRELIMINARES DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO ACOLHIMENTO – RÉ PESSOA JURÍDICA QUE ATUA EM PARCERIA COM AS DEMAIS – SOLIDARIEDADE ENTRE TODAS ELAS COMO PARTICIPANTES DA CADEIA DE CONSUMO – RECONHECIMENTO – INCLUSÃO DOS DEMAIS APELANTES PESSOAS FÍSICAS NO POLO PASSIVO POR MEIO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – INDÍCIOS DO ESTADO DE INSOLVÊNCIA DA EMPRESA – DIREITO DO CONSUMIDOR – APLICAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 28 DO CDC – SENTENÇA MANTIDA" (TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 1001784-60.2020.8.26.0562, Des. Relator Andrade Neto, j. 31.AGO.2022).

"RESCISÃO CONTRATUAL E COBRANÇA. Gratuidade concedida apenas em relação ao preparo (CPC, art. 98, §5º). Investimento em criptomoeda. Resgate de valores de bitcoin não atendido. De rigor a condenação das rés ao pagamento do montante referido pelo autor e não infirmado. Acolhimento apenas em relação às empresas do grupo Atlas. Pretendida condenação solidária das empresas Fastcash e Pagotudo.com. Descabimento. Empresas que não integram o grupo econômico Atlas. Precedentes. Ademais, autor que não demonstrou que concretamente se relacionou com referidas empresas. Ausência de elementos que justifiquem concluir que integravam a cadeia de consumo no caso ou que tenham praticado ato ilícito. Recurso das rés provido, provido em parte o do autor" (TJSP, 36ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 1069797-42.2020.8.26.0100, Des. Relator Milton Carvalho, j. 18.MAI.2022).

O presente recurso, pois, não merece provimento, devendo-se majorar o valor dos honorários advocatícios de sucumbência devidos ao patrono da Autora, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, para o razoável patamar de 12% sobre o valor atualizado da condenação atualizado

Diante do exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Ré, com a **MAJORAÇÃO** *do valor dos honorários advocatícios de sucumbência devidos ao patrono da Autora para 12% sobre o valor atualizado da condenação*, **com a observação** *de que deverá a Apelante recolher o valor das custas recursais junto ao MM. Juízo de Primeira Instância, sob as penas do art. 102, do Código de Processo Civil, inclusive inscrição do débito junto à Dívida Ativa estadual*.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001979-84.2022.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO PAN S/A, são apelados ANTONIO MOCINHO (JUSTIÇA GRATUITA) e FAST CRED GESTÃO DE FINANÇAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16728)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

DÉCIO RODRIGUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com reparação de dano moral. INSS. Parcial procedência da ação. Alegação de fraude. Descontos indevidos em conta corrente da parte autora referentes a parcelas de empréstimo consignado contratado de forma diversa. Responsabilidade objetiva e solidária. Existência de dano moral indenizável. Quantum indenizatório que deve ser fixado dentro do princípio da razoabilidade (R$ 15.000,00). Mantida a r. sentença. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação respondida e bem processada por meio da qual quer ver, a parte ré, reformada a r. sentença de fls. 214/220, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a presente ação para i) determinar ao réu Banco Pan o cancelamento do contrato discriminado à fls. 09 ("i"), bem como, por consequência, dos descontos das parcelas de R$ 594,00 junto ao benefício do INSS dele (fls. 14), ficando confirmada a medida antecipatória supra para que seja oficiado ao INSS para suspensão, desde já, de tais descontos, apurando-se o valor que deva ser restituído ao autor (nos exatos termos acima definidos) em fase de cumprimento de sentença, com responsabilidade solidária das rés por tal restituição, que ainda responderão pela indenização por dano moral de R$ 15.000,00 (também de forma solidária), corrigida monetariamente desde esta decisão, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação,

Acesso ao Sumário

respondendo, as rés, pelas custas (devendo recolher a taxa judiciária inicial autor beneficiário da justiça gratuita sob pena de inscrição em dívida ativa), despesas processuais e honorários de advogado arbitrados em 15% do valor total do proveito econômico (valor do contrato bancário cancelado, mais o valor da indenização), declarando extinto o processo nos termos do art. 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Apela, o banco Pan, sustentando, em apertada síntese, inexistência de ato ilícito a ensejar responsabilidade civil e inexistência de danos morais.

É o relatório.

Para bem situar os contornos da lide, insta consignar que a parte autora ingressou com a presente ação alegando, em síntese, que recebe aposentadoria por meio do INSS, com renda mensal de R$ 2.512,24; possui alguns empréstimos consignados, com descontos que somados atingem R$ 1.004,45; em 18/8/2021 recebeu ligação da ré *FAST CRED* oferecendo um empréstimo consignado; diante de sua dificuldade financeira, aceitou um empréstimo de R$ 1.920,21, para pagamento em 84 parcelas de R$ 67,00; foi depositada em conta a quantia de R$ 24.352,89 em vez dos R$ 1.920,21; entrou em contato com a ré *FAST CRED* que disse que resolveria esse problema, emitindo um boleto de R$ 22.432,68, que era a diferença para o valor de R$ 1.920,21; ocorre que continuaram os descontos de R$ 642,33; devem ser observadas as normas do CDC; sofreu dano moral.

Humberto Theodoro Júnior leciona que: "*No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente*". **(Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, p. 421, 18ª edição)**.

Acesso ao Sumário

O Código de Processo Civil, atento ao princípio dispositivo, dividiu o ônus da prova entre os litigantes, estabelecendo que ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

E foi o que ocorreu. Conforme bem decidido em r. sentença:

"*(...)*

Afasto as preliminares de ilegitimidade passiva das rés, uma vez que o autor, nesta ação que também é indenizatória, atribui a ambas a respon-

sabilidade pelo fato referido na inicial, passando a questão a integrar, assim, o próprio mérito.

Feitas tais observações, cumpre anotar que, à vista do objeto desta ação e da prova documental, se impõe, desde já, o julgamento, não sendo necessária a dilação probatória.

3 Trata-se de ação em que o autor visa ao cancelamento de contrato e à reparação de danos.

Teria sido firmado, ademais, por meio de correspondente bancário, a ITS Soluções de Barueri (fl. 53).

Pelo que se infere de todas essas circunstâncias que se extraem dos autos, considerando a situação pessoal do autor, no caso, idoso com 72 anos de idade, aposentado com benefício mensal de pouco mais de 02 salários mínimos, pessoa simples pelo que se infere da inicial, com outros consignados de parcelas de R$ 50,00 a R$ 110,00, a manifestação de vontade do consumidor seria, de fato, a realização, simplesmente, de mais um consignado, em parcela próxima às outras, e não fazer uma dívida de quase R$ 50.000,00, pagando parcelas de quase meio salário mínimo por 84 meses (fl. 51).

Respeitado entendimento da corré FAST CRED, não foi mais bem justificada por essa empresa, que é sediada em Estado diverso do consumidor (Rio de Janeiro), a realização de um contrato com ele, que, pelo que consta dos autos, não seria um investidor no mercado, e com quem nunca teve contato anterior, para '... mutuar o capital de giro na atividade empresarial...' dela (fl. 193).

E se trata de instrumento assinado com esse aposentado de 72 anos de idade por outra via eletrônica (fl. 195).

Os documentos de fls. 21/22 e 184/189 corroboram, além disso, o alegado na causa de pedir trazida na inicial, respeitado entendimento em sentido contrário.

Em suma, os elementos dos autos são suficientes para se concluir que o aposentado-idoso-autor queria fazer um empréstimo de cerca de R$ 2.000,00 e não de quase R$ 25.000,00, o que destoa do perfil desse consumidor, não sendo mais bem justificada, assim, a operação referida pela corré FAST CRED.

E o Banco Pan tem responsabilidade solidária à vista de todos os fatos acima mencionados, diante da situação pessoal do autor, e a forma de contratação realizada com ele, pela via eletrônica, por correspondente bancário de outra cidade, à vista do histórico e perfil desse consumidor, incumbindo a essa instituição financeira realizar a devida análise de crédito antes da concessão de um empréstimo que geraria, para este, por

Acesso ao Sumário

suas condições pessoais, uma expressiva dívida de quase R$ 50.000,00 para pagamentos que se estenderiam até completar quase 80 idade de idade (fl. 51).

Há clara relação de consumo entre autor e rés, à vista desses dois negócios jurídicos de fls. 51 e seguintes de fls. 190 e seguintes, inferindo-se o vício de manifestação de vontade, por erro, quanto a tais contratações, que devem ser, pois, consideradas nulas.

Incide, ademais, a norma do art. 182 do Código Civil, no caso: 'Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente'.

Considerados nulos os negócios jurídicos (fls. 51/ss. e fls. 190/ss.), o Banco-réu deve dar baixa no seu sistema quanto ao contrato de fls. 51/ss., cessando os descontos das parcelas no INSS.

Como medida antecipatória, desde já, fica deferido ofício ao INSS para tal fim (suspensão dos descontos de R$ 594,00).

O autor, à vista do acima examinado, ficou com a diferença entre R$ 24.352,89 e R$ 22.432,68 (fl. 22), exatamente os R$ 1.920,21 referidos na inicial (fl. 03).

Nesses termos, do que tenha pago das parcelas de R$ 594,00 em seu benefício (valor de restituição) deverão ser deduzidos os R$ 1.920,21 e o que tenha recebido da corré (fls. 184/189), em consonância com o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

A correção monetária, nesse caso, incide desde cada desconto, pagamento, depósito, operação, uma vez que visa apenas a preservar o valor da moeda em face do fenômeno inflacionário. Sobre o valor, a ser apurado em fase de cumprimento de sentença, incidem os juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

E, em relação aos demais valores que o Banco-réu tenha despendido (do total do crédito disponibilizado), se o caso, deve utilizar a via própria para eventual ressarcimento. O banco é responsável pelos atos de seus prepostos e terceirizados, incluindo os correspondentes bancários. Deverá, se o caso, para tal fim, apurar o ocorrido junto ao correspondente bancário que atuou nesse empréstimo (ITS), analisando as gravações de conversas com o consumidor, para a tutela de seu direito, insista-se, pela via própria. O fato integra, ademais, os riscos de sua atividade empresarial. O autor, ressalte-se, não pode responder pelo ocorrido, à vista de todo o aqui exposto e examinado.

Além disso, também deve ser acolhido o seu pedido de indenização por dano moral."

Acesso ao Sumário

De fato, é inconteste que houve falha das rés em solidariedade **ex vi** dos artigos 7º, § único, 18 , 19 e 20 , todos do CDC , na medida em que realizou descontos indevidos de empréstimo não contratado em conta corrente da parte autora, de modo que se aplica o Código de Defesa do Consumidor e conclui-se pela responsabilidade objetiva das corrés.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor dispõe expressamente que "*o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*".

Mas há outra forma de ver as coisas. O art. 927, "*caput*", do CC dispõe: "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo*". O art. 186 do mesmo diploma, ao qual remete o dispositivo acima citado, diz: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*". Decorre daí que aquele que tinha obrigação de adotar as cautelas necessárias na celebração de contrato - e não o faz - é negligente e, assim, comete ato ilícito. Não se pode olvidar que o art. 186 referido não se refere apenas ao dano extracontratual, mas também ao contratual (cf. NESTOR DUARTE, *Código Civil Comentado*, Manole, 2007, coordenação de CEZAR PELUSO, pág. 123). Nestas circunstâncias, também se aplica ao caso presente as disposições dos artigos 927 e 186 do CC.

E não é só. Esta Corte vem reconhecendo, reiteradamente, haver defeito na prestação de serviços quando há concessão de crédito sem a devida checagem dos documentos e dados pessoais do contratante. A hipótese é de fortuito interno, relacionada à própria atividade do banco, incidindo a **Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça**, *in verbis*:

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

Sobre o tema adota-se a orientação do julgado da Egrégia 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.199.782 PR, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, efetivado nos termos do art. 543-C, do CPC/1973, visando unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos (**Tema 466**), que se reproduz:

> "*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO*

Acesso ao Sumário

EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. Recurso especial provido".

Caracterizada, pois, falha na prestação dos serviços, tem-se que o douto Juízo *a quo* agiu com seu costumeiro acerto ao declarar inexistente o vínculo contratual entre as partes e inexigível o débito, bem como ao condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, sem a necessidade de específica comprovação destes últimos, porquanto considerados '*in re ipsa*'.

No mais, é assente na jurisprudência o entendimento de que "*a diminuição dos valores na conta do correntista é ato objetivamente capaz de gerar prejuízo moral, pelo sentimento de angústia que causa ao consumidor*" **(STJ, REsp 835.531/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª T., j. 07.02.2008, DJ 27.02.2008, p. 191)**. (g.n.)

Desse modo, a parte autora faz jus à indenização pelos danos morais suportados.

No tocante ao "*quantum*" indenizatório, cabe ao juiz o arbitramento do valor da indenização e os parâmetros a serem observados, na lição de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, são: o grau de culpa do ofensor; a extensão do prejuízo ou a intensidade do sofrimento da vítima; a situação econômico-financeira das partes ("Danos à Pessoa Humana", Ed. Renovar, 2003, pp. 275-310). Acrescente-se ainda, como balizamento geral, a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A propósito, ensina SERGIO CAVALIERI FILHO que "*após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido (...) o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais*" ("Programa de Responsabilidade Civil", Ed. Malheiros, 5ª ed., 2003, p. 109).

Porém, como bem observa ANTONIO JEOVÁ SANTOS, no arbitramento da indenização "*O limite a ser observado é que o montante jamais seja excessivo a tal ponto de parecer que houve indevido enriquecimento em detrimento do patrimônio do ofensor*" ("Dano Moral Indenizável", Ed. Forense, 4ª ed., 2003, pp. 161-162), lembrando MARIA CELINA BODIN DE MORAIS que "*a*

Acesso ao Sumário

satisfação pecuniária não pode produzir enriquecimento à custa do empobrecimento alheio" (ob. cit., pp. 276-277).

Assim sendo, entende-se, pretorianamente, que o valor de **R$ 15.000,00 (quinze mil reais)** é razoável para reparação a título de danos morais, pois "*a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem*" (CARLOS ROBERTO GONÇALVES. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. 7ª edição. Ed. Saraiva. 2002. pág. 566.)

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos, responsabilizando, devidamente, as corrés, solidariamente **ex vi** dos artigos 7º, § único, 18 , 19 e 20 , todos do CDC.

Por fim, tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido em decorrência da interposição do presente recurso, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) para 20% (vinte por cento) com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002488-46.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DHL GLOBAL FORWARDING e AMERICAN AIRLINES INC., é apelada TOKIO MARINE SEGURADORA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26459)**

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: APELAÇÕES. REJULGAMENTO POR DETERMINAÇÃO DO STJ. Transporte aéreo de

Acesso ao Sumário

carga. Indenização securitária paga em decorrência de extravio de parte da carga. Ação regressiva movida pela seguradora julgada procedente. Inconformismo das corrés transportadora aérea e agente de cargas. Com razão em parte. Preliminares afastadas. Conjunto probatório demonstra a responsabilidade das rés pelo extravio da mercadoria. Aplicação do entendimento recente do STJ para limitar o valor da indenização pleiteada com base no disposto nas Convenções de Varsóvia e Montreal. Sentença reformada em parte. Apelos parcialmente providos.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas rés *DHL Global Forwarding* e *American Airlines Inc.* contra a r. sentença de fls. 621/624 que julgou procedente o pedido formulado na ação regressiva movida por *Tokio Marine Seguradora S/A*, para condenar as requeridas, de forma solidária, a pagar à autora a quantia de R$ 8.328,62, com correção monetária e juros de 1% ao mês, amos do desembolso pela seguradora (STJ - AgRg no Ag n. 849.067/PR, 3ª Turma, j. 16/12/2008, rel. Ministro Sidnei Beneti. Condenadas ainda as rés ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em "15% do valor global da condenação ora imposta (metade a cargo de cada empresa sucumbente)" (fls. 624).

Houve embargos de declaração a fls. 627/629, rejeitados a fls. 627.

Apela a ré *DHL Global Forwarding* (fls. 650/670) pleiteando a reforma da r. decisão. Alega, em preliminar, **(A)** ilegitimidade de parte porque não realizou o transporte dos bens. *Conforme Conhecimento de Transporte Aéreo (MAWB) vemos que o transporte aéreo coube a American Airlines, empresa que efetivamente transportou os bens dos Estados Unidos para o Brasil, e deve responder pelos fatos apontados na inicial como causadores das avarias lá noticiadas (...) o agente de cargas não pode responder pessoalmente pelo dano causado durante o transporte aéreo* (fls. 656); **(B)** carência da ação, pois *a petição inicial não foi instruída com o comprovante de pagamento do valor da apólice de seguros que mantinha com sua cliente. Trouxe mero TED em valor muito maior do que o pleiteado na petição inicial, documento inócuo para demonstrar que sua cliente recebeu o valor, e deu a necessária quitação, cumprindo* assim a determinação dos artigos 346 e seguintes do Código Civil. (...) *a Apelada não traz aos autos a prova verdadeira da contratação de seguro eventualmente havida com a empresa DELL, eis que não apresente a apólice de seguros específica em nome da*

Acesso ao Sumário

mencionada empresa, contendo todas as cláusulas de cobertura e limitações, assim como a assinatura das partes ou anuência da apelada em contratar os termos da apólice (fls. 658); **(C)** que transcorreu o prazo de 10 dias previsto no artigo 754 do Código Civil e artigo 31 da Convenção de Montreal, consumando-se a decadência do direito invocado pela autora (fls. 658); **(D)** que ocorreu a prescrição ânua para propositura da ação regressiva, com base no artigo 206, §1º, do Código Civil (fls. 661). No mérito, aduz, em suma, que **(E)** no Conhecimento de Transporte Aéreo a fls. 100, verifica-se que o peso da mercadoria era de 43kg e, ao desembarcar, pesava exatamente 43kg, sendo fácil constatar tal alegação ao verificar as fls. 102/104, portanto, não houve subtração/falta durante percurso do transporte aéreo, ficando mais evidente que a possível subtração se deu durante o transporte rodoviário ou armazenagem (fls. 664/665); **(F)** a sentença contrariou o disposto no artigo 22 da Convenção de Montreal, conforme entendimento do E. STF e feriu a Constituição Federal, visto que referido dispositivo traz de maneira expressa a limitação de toda a responsabilidade do transportador ocasionada por extravio (perda) da carga e suas consequências (fls. 668); **(G)** deve ser aplicada a limitação de responsabilidade prevista no art. 22 da Convenção de Montreal, qual seja, 19 DES por quilo extraviado (fls. 668); **(H)** também há na cláusula 8 do conhecimento de transporte aéreo cláusula limitativa de responsabilidade (fls. 668); **(I)** o ressarcimento deverá ser restrito às limitações impostas pelas regras gerais do contrato de transporte aéreo ou às restrições impostas pela Convenção de Montreal da qual o Brasil é signatário (fls. 669). Pugna pelo provimento do recurso.

Apela também a companhia aérea (fls. 672/702). Aduz, em preliminar, **(A)** ilegitimidade passiva, pois nunca teve qualquer relação com a segurada DELL (fls. 683); **(B)** decadência, pois não respeitado o prazo estipulado no art. 31 da Convenção de Montreal tampouco do artigo 754, parágrafo único, do Código Civil, já que o termo inicial do prazo se deu a partir de 13/05/2014, data em que as mercadorias foram desembarcadas no aeroporto de destino em Curitiba/PR, sem que houvesse formalização do protesto tempestivamente junto ao transportador, dando ciência formal e inequívoca do fato danoso (fls. 684/686); **(C)** prescrição ânua, prevista no artigo 206, §1º, II, "a" do Código Civil, pois o sinistro ocorreu em 09/09/2014 e a ação foi proposta tão somente em 21/01/2016. No mérito, alega, em suma, que **(D)** ausente nexo causal entre o dano e a conduta da apelante, tanto que nenhuma reclamação ou vistoria foi feita no mento do desembarque da mercadoria; **(E)** a prova do dano e da pretensa responsabilidade da apelada também apoia-se em uma vistoria particular realizada sem o conhecimento da apelante, 10 dias após o desembarque da carga (23/05/2014), nas dependência da empresa FEDEX, a fls. 110/114 (fls. 694); aplica-se ao caso as Convenções de Montreal e Varsóvia; **(F)** o art. 24 da Convenção de Montreal prevê que a responsabilidade do transportador limita-se à quantia de 19 Direitos

Acesso ao Sumário

Especiais de Saque por quilograma (DES), valor que deve ser pautar a indenização (fls. 698). Pugna pelo provimento do recurso.

Os recursos foram regularmente processados. Apresentadas contrarrazões (fls. 710/748, 783/855 e 856/863).

Esta Câmara negou provimento aos recursos de apelação na sessão realizada em 25.3.2019 (fls. 879/889).

No julgamento do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça a fls. 1429/1570 entendeu que o documento emitido pela Infraero (Siscomex Mantra) supre a falta de protesto; assim como, a indenização decorrente de danos a cargas ou mercadorias em transporte aéreo internacional está sujeita aos limites impostos pela Convenção de Montreal e, por isso, determinou o retorno do processo para que se proceda novo julgamento da causa (fls. 1453/1455).

FUNDAMENTAÇÃO:

Na hipótese vertente, a reapreciação da matéria envolve a aplicabilidade das Convenções de Varsóvia e Montreal no transporte aéreo de carga, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de ação regressiva na qual narra a autora, em sua exordial, ter sido contratada pela empresa Dell Computadores do Brasil Ltda., para efetuar seguro de carga referente a computadores. Aduz ainda que a segurada importou produtos dos Estados Unidos e, para garantir o transporte de mercadorias em trechos nacionais e internacionais, contratou a ré DHL, que subcontratou a American Airlines para o traslado efetivo da carga por via aérea. Ao chegar ao Brasil, a carga seguiu para recinto da Empresa Brasileira de Infraestrutura Alfandegária, onde se constataram avarias nas mercadorias; os produtos não foram manipulados pelos fiscais da Infraero; dois computadores foram rejeitados e destinados a destruição devido a avarias existentes em sua embalagem. Afirma também que o sinistro ocorreu durante o transporte aéreo executado pela American Airlines, conforme constatou a empresa "RG-Riscks" que vistoriou a carga. A indenização paga à segurada foi de R$ 8.328,62, sendo as rés responsáveis solidárias pelo ressarcimento. Pugnou pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor e condenação das rés ao reembolso da quantia despendida, com juros e correção monetária.

Acesso ao Sumário

As preliminares arguidas não vingam.

Não se verifica a carência da ação por inépcia da petição inicial em razão da ausência dos documentos essenciais.

A apelada comprovou a relação jurídica com a segurada, o dano e o pagamento da indenização a fls. 115/116. O fato de ter pleiteado valor inferior ao depositado em favor da empresa segurada, não importa em inépcia da petição inicial, porque o pedido delimita do valor do prejuízo causado com dois computadores no valor de US$ 2.401,39, conforme termo de vistoria a fls. 113, que

convertido em moeda nacional perfaz o valor pleiteado de R$ 8.328,62 (fls. 50).

O próprio termo de vistoria juntado a fls. 110/114 relata que as rés foram cientificadas e não compareceram.

Também não tem razão quanto à alegada ilegitimidade passiva das apelantes.

É certo que os contratos entabulados entre a segurada e as rés não vieram aos autos. Contudo, os documentos que acompanharam a petição inicial, em especial os de fls. 100 e 101, demonstram que o transporte da mercadoria foi efetivado pela DHL e pela companhia aérea American Airlines.

Assim, as rés apelantes são parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Inaplicável, ainda, o prazo decadencial previsto no parágrafo único do artigo 754 do Código Civil. Isto porque o prazo de dez dias refere-se apenas à relação entre destinatário e transportador, com o objetivo de regular o transporte, e não de impedir a possibilidade de pleito indenizatório em razão de danos provenientes do serviço.

Igualmente, a prescrição ânua prevista no artigo 206, §1º, II, "a" do Código Civil também não é aplicada ao caso, porque diz respeito à ação proposta pelo segurado, não se estendendo à ação regressiva.

À questão abordada aplica-se a regra a que alude o artigo 206 §3º, V, do Código Civil, ou seja, o prazo prescricional trienal destinado às ações de reparação civil, porquanto se cuida de ação regressiva proposta pela seguradora contra a transportadora responsável pelo sinistro que afetou a carga pertencente à empresa segurada. Já o termo inicial do prazo é a data do pagamento da indenização pela seguradora ao segurado.

Deste modo, tendo em vista que o pagamento pela indenização ocorreu em 19/09/2014 (fls. 115/116) e a demanda regressiva foi proposta em 21/01/2016, não há se falar em prescrição da pretensão da segurada demandante.

Quanto o mais, a controvérsia reside na responsabilidade das empresas apelantes pelo sinistro ocorrido com a carga transportada e a aplicação das Convenções Internacionais.

As apelantes são responsáveis pelos danos causados.

No contrato de transporte a obrigação assumida pelo transportador é de resultado, ou seja, de acordo com o artigo 749 do Código Civil, *O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.*

A responsabilidade da companhia aérea é objetiva, porquanto fornecedora de serviço, conforme estipulam os artigos 734 e 737 do Código Civil.

Por consequência, são as rés apelantes responsáveis solidárias, pois pro-

Acesso ao Sumário

tagonistas da cadeia de fornecimento dos serviços vinculados ao contrato de transporte, já que o agente de carga designa a transportadora para a prestação do serviço.

Nos termos do art. 786 do Código Civil, para a indenização, nos limites do valor respectivo, fica o segurador autorizado a exercer direito regressivo contra o causador do sinistro, assumindo a posição jurídica do segurado.

No próprio Laudo de Vistoria de fls. 100/114 consta que a rés foram intimadas a comparecer, e ainda comprova o extravio de dois computadores, com descrição exata dos modelos e quantidade, pelo qual não podem as rés pretender eximir-se da responsabilidade, alegando ser prova unilateral.

O documento emitido pela Infraero (Siscomex Mantra) é omisso quanto a ter sofrido a carga avarias ou ter sido extraviada. O fato de constar pesagem idêntica de 43Kg para as cargas não é suficiente para comprovar não ter havido extravio.

Dos documentos de fls. 102/104, emitidos pela Infraero, constam que as caixas de madeira foram avariadas.

Portanto, o conjunto probatório culmina na responsabilidade das apelantes pelo extravio da mercadoria transportada, já que não se desincumbiram do ônus de comprovar qualquer excludente.

Assim, havendo falha na prestação do serviço, tendo em vista o extravio da mercadoria, tem a transportadora e o agente de cargas, responsáveis solidários, o dever de indenizar a segurada, ou a seguradora em seus direitos sub-rogada, como é o caso em questão.

Entretanto, com relação ao valor indenizatório, a sentença deve ser reformada.

As Convenções Internacionais se aplicam também ao transporte aéreo de mercadorias, conforme entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. ARTIGO 1.021, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DECISÃO SINGULAR QUE NEGOU PROVIMENTO AO ARESP. CONTESTAÇÃO DA PARTE AUTORA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO VIOLADO. AVARIAS EM CARGAS. CÓDIGO CIVIL. NÃO APLICAÇÃO. CONVENÇÃO DE VARSÓRIA E MONTREAL. PREVALÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *3. É assente perante esta Corte, à luz do decidido no RE N° 636.331/RJ, que 'a pretensão indenizatória decorrente de danos a cargas ou mercadorias em transporte aéreo internacional está sujeita aos limites impostos*

Acesso ao Sumário

nas Convenções de Varsóvia e de Montreal' (AgInt no REsp 1673855/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 4/5/2020, DJe 7/5/2020).

4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1.463.703/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe 11/12/2020).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. DANO EM MERCADORIA. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. REGIME DE INDENIZAÇÃO TARIFADA. NORMAS E TRATADOS INTERNACIONAIS. TRANSPORTE DE PESSOAS, BAGAGENS OU CARGAS. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. CONVENÇÃO DE MONTREAL. ORIENTAÇÃO DO STJ.

(...)

3. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no RE 636.331/RJ, DJe 25/05/2017, ao apreciar o Tema 210 da Repercussão Geral, firmou-se no sentido de que as normas e os tratados internacionais devem ser aplicados às questões envolvendo transporte internacional, seja este de pessoas, bagagens ou cargas, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal (AgInt no AREsp 1.175.484/SP, 3ª Turma, DJe 20/4/2018). Precedentes.

4. Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial não provido (AgInt nos EDcl no AREsp 1.605.415/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 16/11/2020, DJe 19/11/2020).

No presente caso, aplicam-se os limites indenizatórios especificados nas Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal mesmo quando se tratar de transporte aéreo de mercadorias.

As apelantes buscam a limitação da indenização securitária a R$ 3.327,34 (17 DES - equivalente a R$ 77,38 x 43 Kg).

O valor pleiteado pela seguradora para cobrir as perdas e danos da segurada, a saber, R$ 8.328,62, supera o limite previsto nas Convenções Internacionais. Assim, a limitação tarifada das Convenções prevalece à indenização pretendida pela seguradora, no qual devem arcar de forma solidária com seu pagamento.

Fica parcialmente reformada a sentença apenas para limitar o valor da indenização que, por sinal, não sustenta a sucumbência recíproca uma vez que, comprovado o dano, deram causa à ação.

No mais, inaplicável o previsto no artigo 85, §11 do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Civil, uma vez que os recursos foram parcialmente providos e o dispositivo legal somente se aplica no caso de improvimento ou provimento total do recurso, o que não é o caso. Portanto, mantida a sucumbência das rés nos termos da sentença.

Se dão como prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais ventilados na apelação e nas contrarrazões, não sendo preciso transcrevê-los aqui um a um.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo **parcial provimento** dos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1003468-78.2017.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que são apelantes RANDALL ADAM CZERENDA, STENO DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO COM. ASS. LTDA e WAGNER MEDICI, são apelados ANNA MARIA TOLVETTI RIBEIRO (ESPÓLIO), ALBERTO TOLVETTI RIBEIRO (INVENTARIANTE), BRUNA TOLVETTI RIBEIRO, TATIANE APARECIDA DE OLIVEIRA RIBEIRO e REAL TIME CAPTION TRANSCRIÇÃO DE ÁUDIO & VÍDEO.

ACORDAM, em 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 27.592)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2022

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: DIREITO DE AUTOR – Teoria Brasileira de Estenotipia – Alegação de violação de obra científica e prática de atos de concorrência desleal – Não ocorrência – Não caracteriza concorrência desleal, mas prática comercial, a mera oferta de serviços a clientes de outras empresas do mesmo segmento, sem que esteja fundada, por exemplo, em difamação da concorrente, em concorrência parasitária, em viola-

Acesso ao Sumário

ção de marcas, plágio ou outro meio fraudulento – Requerido que adquiriu da fabricante equipamentos e softwares e desenvolveu o próprio método – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de abstenção de violação de propriedade intelectual c.c. obrigação de não fazer, conforme, ainda, o aditamento de fls. 157/172, alegando os autores que, desde a década de 1990, iniciaram estudo para a criação de uma teoria brasileira de estenotipia, que pudesse vir a suplementar o software a ser utilizado na tecnologia para transcrição e tradução dos códigos estenotipados, sendo que até então não havia teoria que possibilitasse a utilização da tecnologia da estenotipia informatizada, o que foi desenvolvido em parceria com servidores públicos lotados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuidando-se de extensão ao software de transcrição computadorizada da estenotipia, criando "base de dados executável composta de códigos matrizes inovadores, abreviações e efetiva concepção e implantação de novo vocabulário dos códigos de estenotipia para a língua portuguesa", tendo origem na "Teoria Brasileira de Estenotipia", sendo assim fruto de obras intelectuais detentoras de proteção jurídica, registradas perante a Biblioteca Nacional, e o esforço intelectual despendido pelos autores deu origem, não apenas à criação de códigos base para estenotipia informatizada, como também a um teclado especial e software adaptados exclusivamente para utilização em conjunto com a "Teoria Brasileira de Estenotipia". Sustentam que para disseminar a implantação da tecnologia, era necessário capacitar profissionais para a execução da técnica, de modo que o autor Randall desenvolveu obras intelectuais consistentes em teorias que vieram abranger instruções de aprendizado aptas a qualificar o profissional de estenotipia para utilização da nova tecnologia, bem como métodos de formação de professores e instrutores de estenotipia informatizada brasileira, para que assim fosse capaz de qualificar especialistas para a efetiva prestação de serviços da nova tecnologia no Brasil, de modo que esse trabalho intelectual deve ser objeto de proteção. Aduzem que os requeridos Alberto e Bruna, em 2003 e 2007 respectivamente, foram contratados pela sociedade autora, passando em 2014 a integrar seu quadro societário, o que perdurou até 2016, quando vieram a constituir nova empresa, denominada Real Time, e, no exercício da mesma, violaram direitos autorais relativos à obra "Teoria Brasileira de Estenotipia", e praticam atos de concorrência desleal, pois utilizam-se de conhecimentos técnicos e negociais que obtiveram durante a relação entre as partes, com o fito de usurpar atividade comercial até então desenvolvida exclusivamente pela empresa autora, o que vem causando inúmeros prejuízos elencados na inicial, que pretendem ver afastados, requerendo a condenação dos Réus: a) na obrigação de não fazer

Acesso ao Sumário

consistente em proibição definitiva de utilizarem obras literárias de titularidades dos Autores que originaram a tecnologia de estenotipia computadorizada em português; b) na obrigação de não fazer consistente em proibição definitiva de praticarem a exploração comercial dos serviços de tecnologia de estenotipia informatizada em português; c) na obrigação de não fazer consistente em proibição de efetivarem contato com clientela e fornecedores originários da parte Autora; d) Ordenar a destruição de todos os elementos utilizados pelos Réus para praticar o ilícito, assim como a perda ou destruição de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim.

Anulada a r. sentença de fls. 456/462, para a produção de prova oral e pericial, foi proferida nova decisão, cujo relatório se adota, julgando improcedente a ação, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa (fls. 1.037/1.047).

Os requerentes apelaram sustentando que as obras intelectuais que criaram possuem proteção na Lei de Direitos Autorais, em razão da Teoria de Estenotipia Brasileira consistir em irrefutável texto literário e científico e, na referida criação intelectual, vieram a desenvolver dicionário e base de dados, cujo conteúdo cabalmente se trata de fruto da atividade intelectual, e, portanto, a utilização de obra intelectual, sem a devida autorização de seu autor, afronta o manto protetor dos seus direitos patrimoniais, conforme previsto no art. 28 da Lei 9.610/84, e os réus Bruna e Alberto obtiveram conhecimento sobre a mercantilização dos serviços de tecnologia de estenotipia informatizada, cuja base de dados, contendo códigos base, foi desenvolvida pelos autores, e, enquanto ainda desenvolviam suas funções na empresa apelante, e, tendo acesso aos contatos, administração, telefones e toda parte comercial, dentre outras informações, promoveram abertura de sociedade, enquanto ainda empregados da empresa do autor, cujo objeto se trata da prestação de serviços de estenotipia informatizada em português, usurpando ilegitimamente os direitos de titularidade "sui generis" dos autores, não se limitando a prestar os serviços inerentes à profissão de estenotipista, mas também fazendo a captação maliciosa de clientela e em franca concorrência desleal, tendo a sentença se baseado em laudo fornecido por perito não qualificado no tocante à estenotipia, cabendo ao juiz reconhecer a procedência do pedido inicial, ante a proteção autoral concedida aos programas de computador pela lei brasileira, independente de registro, nos termos do art. 5º da Lei n. 9.609/98, requerendo a reforma para que seja julgada procedente a ação (fls. 1.065/1.081).

Foram apresentadas contrarrazões pugnando-se pela manutenção da sentença (fls. 1.320/1.341).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 1.349 e 1.351).

Acesso ao Sumário

É o Relatório.

Os autores imputam aos réus violação de direitos autorais à obra "Teoria Brasileira de Estenotipia", e a prática de atos de concorrência desleal.

A chamada propriedade imaterial compreende não somente a proteção da produção artística, literária e científica, relativa aos autores de obras artísticas, literárias e científicas, e os direitos conexos ao do autor, dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas, dos organismos de radiodifusão e do direito de arena[1], como também a propriedade industrial, definida por João da Gama Cerqueira[2] como: "o conjunto dos institutos jurídicos que visam a garantir os direitos de autor sobre as produções intelectuais do domínio da indústria e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial".

Por sua vez, a livre concorrência é princípio da ordem econômica (art. 170, IV, Constituição Federal), sendo preceito constitucional que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, Constituição Federal).

A proteção legal da livre concorrência importa na defesa contra a concorrência desleal.

Não há um conceito legal do que seja a deslealdade na concorrência, anotando João da Gama Cerqueira[3] que: "costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos".

O art. 195 da Lei n. 9.279, de 14/05/1996, enumera condutas que caracterizam crime de concorrência desleal, tendo como característica comum na maioria dos dispositivos, a possibilidade de gerar confusão ao consumidor, em detrimento ao concorrente e com a obtenção de vantagem.

Dispõe o inciso III, do art. 195 que comete crime de concorrência desleal quem: "emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem".

A jurisprudência tem entendido que: "a concorrência desleal concretiza-se em qualquer ato que vise a desviar clientela alheia, confundir estabelecimentos ou procedência de produtos, denegrir imagem de concorrente ou violar segredo de indústria ou comércio" (TRF 2ª R – AC nº 90.02.10753-6 – RJ – 3ª

Acesso ao Sumário

1 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 6-7.

2 CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. 2ª ed. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p.55.

3 CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. 2ª ed. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p.1.266.

T – Rel. Juiz convocado Castro Aguiar – DJU 01.06.95)", e, ainda, que: "a concorrência desleal supõe o objetivo e a potencialidade de criar-se confusão quanto à origem do produto, desviando-se clientela" (STJ – REsp. nº 70.015 – SP – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – J. 03.06.97 – DJU 18.08.97)" e que "a proteção da marca tem por objetivo a repressão à concorrência desleal, buscando evitar a possibilidade de confusão do consumidor que adquire determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço alheio" (REsp 40.190/RJ; DJ:29/09/1997; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)".

A Lei de Propriedade Industrial ao coibir a concorrência desleal, consequentemente está protegendo o consumidor.

A proteção ao consumidor também é princípio da ordem econômica (art. 170, V, Constituição Federal) e direito fundamental (art. 5º, XXXII, Constituição Federal), estando entre os princípios da lei consumerista (art. 4º, IV, Lei) a: "coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores".

Ressalta o autor português LUIS SILVEIRA RODRIGUES[4] que:

> Na repressão da concorrência desleal, o interesse dos consumidores é a defesa da concorrência desde que esta lhes garanta uma maior escolha, melhor qualidade e preços mais acessíveis na medida em que determinados comportamentos, pela sua deslealdade, possam prejudicar a sua formação da vontade e a liberdade de escolha.

Como deflui da precisa lição de José de Oliveira Ascensão, "as ideias são livres. O criador não tem nenhum direito exclusivo. Qualquer um as utiliza livremente. São patrimônio comum da humanidade. Ou então, apelemos às figuras geniais de cientistas. Einstein, Max Planck fazem descobertas revolucionárias. Mas as descobertas não recebem nenhuma proteção. Só a aplicação prática destas, que conduza à resolução dum problema técnico, virá a ser objeto de patente"[5].

No caso presente, os autores afirmam serem os criadores da "Teoria Brasileira de Estenotipia", resultado da base de dados formada por códigos basilares, que culminou no desenvolvimento de extensão de software, que tornou exequível a prestação de serviços de estenotipia informatizada em português.

A Lei n. 9.610/98 no inciso XIII do art. 7º, expressamente confere proteção às bases de dados, que consistem em conjunto de informações, como fruto de criação intelectual.

Acesso ao Sumário

4 RODRIGUES, Luis Silveira. Defesa do consumidor e direito industrial. Direito Industrial Associação Portuguesa de Direito Industrial. Vol. III. Lisboa: Almedina, 2003, p.264-5

5 ASCENSÃO, José de Oliveira. Propriedade Intelectual: Direito Autoral. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva Jur (Série GVlaw), 2014, p.25

Dessume dos autos que no ano de 1994 os autores passaram a importar e a comercializar no mercado brasileiro as máquinas eletrônicas de estenotipia fabricadas pela empresa americana Stenograph L.L.C., da qual o autor Randall era consultor, parceiro e distribuidor, e passou a desenvolver estudos para criação de teoria brasileira de estenotipia que pudesse vir à suplementar o software a ser utilizado na tecnologia para transcrição e tradução dos códigos estenotipados, dando origem à criação de códigos-base a serem utilizados para a prática de estenotipia informatizada no Brasil, e instituiu parceria com a empresa Stenograph L.L.C., para desenvolvimento de novo teclado especial e software adaptados exclusivamente para utilização conjunta à Teoria Brasileira de Estenotipia desenvolvida pelos Autores, que registraram quatro obras (a) TEORIA BRASILEIRA DE ESTENOTIPIA – MANUAL DO PROFESSOR – VERSÃO 02; b) TEORIA BRASILEIRA DE ESTENOTIPIA – MANUAL DO ALUNO – VERSÃO 02, c) ESTENOTIPIA – MANUAL DE VELOCIDADE – VERSÃO 01.99 e d) TEORIA DE ESTENOTIPIA COMPATÍVEL COM COMPUTADOR, na Biblioteca Nacional.

Consoante o detalhado laudo pericial, pelo qual o perito demonstrou não somente sua isenção, mas conhecimento técnico acerca dos temas tratados, verificou-se que "as Requerentes não fizeram prova em sentido que demonstre a violação das apostilas denominadas Teoria de Estenotipia Brasileira, que consiste em um MÉTODO DE ENSINO para formação de profissional através dos cursos ministrados, de modo que possam atuar como estenotipista e, também poderá atuar como instrutor e professor de cursos de formação de profissionais de estenotipia" (fls.766), com a metodologia própria dos requeridos na criação de um dicionário de Estenotipia.

Consignou, também, o Esperto que "as Requerentes não fizeram prova em sentido que demonstrasse a autoria de qualquer programa de computador (fls.772), e analisando os contratos firmados que, apesar da exclusividade da Steno de distribuição de produtos da Stenograph em língua portuguesa e inglesa no território nacional (fls.660), as Requerentes não possuem legitimidade para "propor qualquer ação sobre violação de programa de computador, por não serem os titulares, e também pelo contrato não lhes permitir atuar em nome da STENOGRAPH CORPORATION" (fls.776), aduzindo que: "os Requeridos conforme folhas 295/304, adquiriram licitamente as máquinas de Estenotipia, software e licenças na versão em Português diretamente dos titulares dos direitos autorais a empresa STENOGRAPH CORPORATION, portanto, não há de se falar em violação, uma vez que a documentação obedece ao parágrafo único do art. 9º da LEI Nº 9.609, que diz: Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença."

Uma das características do trabalho do estenotipista é que ele pode criar novos "códigos" (novas palavras), deletar "códigos" (palavras) e substituir

Acesso ao Sumário

qualquer "código" (palavra) dentro do Software Stenograph.

Como já salientado, não há proteção legal a meras ideias, que são de livre utilização, admitindo-se inúmeras obras acerca dos mesmos temas, havendo o Perito respondido negativamente ao quesito indagando se "os códigos de estenotipia contidos na TEORIA BRASILEIRA DE ESTENOTIPIA registrada pelos Autores junto a Fundação Biblioteca Nacional são os mesmos ou possuem similaridade com os códigos utilizados pelos réus?".

A I. Magistrada analisou com perspicácia a prova dos autos, e concluiu corretamente, quanto a inexistência de violação a direito autoral e que não há evidência de intenção de concorrência desleal.

Não se demonstrou a efetiva captação de clientela pelos réus, pois como afirmou a testemunha Alexandre, não conseguiram tirar as clientes Globo Minas e Globo Bahia, e nem a diminuição nos lucros da requerente. Os usuários deste tipo de tecnologia em suas atividades, efetivamente são reduzidos e de fácil conhecimento pelos profissionais do mercado, não caracterizando concorrência desleal, mas prática comercial, a mera oferta de serviços a clientes de outras empresas do mesmo segmento, sem que esteja fundada, por exemplo, em difamação da concorrente, em concorrência parasitária, em violação de marcas, plágio ou outro meio fraudulento.

O fato de os requeridos terem tido relação com os autores, seja como sócios ou como empregados, por si só, não os impediam de exercer atividade profissional no mesmo seguimento, sem que estabelecessem alguma vedação contratual, e, isto, por si só, não caracteriza a concorrência desleal, não comportando o presente processo a discussão quanto a violação ética ou moral do funcionário, enquanto ainda vinculado à autora, adquirir as máquinas e depois abrir empresa no mesmo ramo de atividade, com os conhecimentos adquiridos, conforme alegado às fls. 1.017/1.021 e 1.074/1.076.

Inexistiu violação ao art. 1.072 da Constituição Federal.

Assim, fica mantida a r. Sentença por seus judiciosos fundamentos.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, majorando-se em 5% os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelos apelantes, em conformidade com o art. 85, § 11, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001137-85.2022.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante SANTA CRUZ LOTEADORA LTDA., é apelado CLAUDEMIRSON GONÇALVES TURA

(JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.616)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2022.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Compromisso de venda e compra. Dissolução do contrato em virtude de inadimplemento do adquirente. Despesas de corretagem e IPTU carreadas ao autor na sentença, contra o que o demandante não recorreu. Ausente, nesses pontos, interesse recursal da ré. Descabido, no mais, impor ao autor, no caso, as chamadas e inespecíficas "despesas tributárias", contidas em identificativo genérico, sem indicação de pertinência com a disposição do artigo 32-A, IV, da Lei 6.766/79, com redação dada pela Lei 13.786/18. Sentença mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 92/96) que julgou parcialmente procedente a ação, para o fim de (i) dar por resolvido o contrato de compromisso de compra e venda; (ii) condenar a ré a devolver, de uma só vez, 90% do preço pago, autorizado o desconto das quantias pagas a título de IPTU e excluída da base de cálculo os valores pagos a título de corretagem; (iii) condenar a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de 10% do valor atualizado da condenação. Sustenta a ré, em sua irresignação, que as despesas tributárias foram comprovadas, estando seu ressarcimento previsto na cláusula 6ª, parágrafo primeiro do compromisso. Remete ao art. 32-A, inciso IV, da Lei 6.766/79, bem como à sentença de caso semelhante. Requer, ademais, a exclusão dos pagos a título de corretagem e IPTU.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 113/120).

É o relatório.

O apelo não merece acolhida, na parte conhecida.

De início, não recorrido o percentual de retenção determinado na senten-

Acesso ao Sumário

ça, anota-se que lá já se autorizou, também, que a ré efetuasse os respectivos descontos de IPTU e de valores pagos a título de comissão de corretagem. É dizer, portanto, que sequer havido interesse recursal à ré nesses pontos.

No mais, não merece acolhida o pedido de que sejam carreados ao autor as chamadas "despesas tributárias".

Ao que se vê do discriminativo contábil de fls. 60/72, os tributos lá identificados são de menção genérica, com soma total de 6,73%, sem qualquer especificação que os façam rentes ao específico negócio firmado e, mais que, isso, que se sujeitem à exata disposição do art. 32-A, IV, da Lei 6.766/79, com redação dada pela Lei 13.786/18. Em particular, não se identifica qualquer pertinência com *"tributos, custas e emolumentos incidentes sobre a restituição e/ou rescisão"*, tal qual está no preceito citado.

O que se têm são tributos inerentes à própria atividade da ré, em nada referentes, especificamente, ao lote do autor. Não podem, portanto, a ele ser carreados, sob pena de se transferir ao consumidor o custo da atividade da loteadora.

Diversa, veja-se, é a situação do ITPU, assim imposto que se vincula especificamente ao imóvel do autor e ao período de ocupação. Tanto é que, para esse tributo, foi autorizada a retenção pela ré, do que não recorreu o autor.

Nesse sentido, em caso envolvendo a mesma ré, e rejeitando idêntico pedido de retenção das chamadas "despesas tributárias", colhe-se deste Tribunal:

> *"APELAÇÃO. Compra e venda. Rescisão contratual c/c restituição de valores. Distrato motivado pelo promitente-comprador. Direito de retenção fixado em 20%. Insurgência contra r. sentença que afastou a retenção do valor pago a título de sinal, bem como da comissão de corretagem, da multa e das despesas tributárias. Impertinência. Valor pago como entrada/sinal. Ausência de menção expressa no contrato quanto à natureza de arras penitenciais. Impossibilidade de presunção. Retenção de multa de 10%. Descabimento. Previsão contratual para caso de inadimplemento. Situação não verificada. Envio de notificação extrajudicial para a promitente vendedora solicitando a rescisão. Parcelas em dia. Inércia da notificada que ensejou o início da demanda menos de 1 mês após a notificação. Liminar concedida para rescisão contratual. Comissão de Corretagem. Abusividade configurada. Documentação acostada que dá conta do descumprimento do dever de informação. Transferência deste encargo ao consumidor tida por inválida sob estas condições. Tema 938 do STJ. Despesas tributárias. Impossibilidade de retenção. Documentação que não demonstra se tratar de despesas específicas do lote adquirido. Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/2018. Contrato celebrado muito antes da entrada em vigor do diploma legal. Sentença mantida.*

Acesso ao Sumário

Adoção do art. 252 do RITJ. RECURSO DESPROVIDO." **(Ap. civ. n. 1003150-79.2019.8.26.0236, rel. Des. Jair de Souza, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 31/08/2021)**

Daí que, por tudo isso, a sentença se mantém.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, na parte conhecida, majorados os honorários de sucumbência a 12% do valor da condenação, nos termos do art. 85, par. 11º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018612-33.2018.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TANIA MARTINS MELSONE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado KARLA LUCIENE MESONE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.319)**

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

São Paulo, 6 de dezembro de 2022.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS – MÃE "VERSUS" FILHA – TRANSAÇÕES BANCÁRIAS NÃO AUTORIZADAS – ENTREGA DE CARTÃO E SENHA POR MERA LIBERALIDADE – IMPRUDÊNCIA RECONHECIDA – INEXISTÊNCIA DE FRAUDE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobrando a R. sentença de fls. 196/199, que deu pela improcedência de Ação Ordinária, na qual a Apelante perseguia reparação de danos morais e materiais, decorrentes de abalo de crédito que suportou pelas dívidas contraídas e TED's realizados indevidamente pela Ré, sua filha, a quem dera senhas e acesso a seu cartão de crédito, ante o falecimento

Acesso ao Sumário

de seu marido, autorizando-a apenas a pagar as despesas com o velório e enterro – rijo o R. "decisum" no argumento de que se não pode falar em fraude, tratando-se de liberalidade da Autora a entrega de cartão e senha para sua filha. Sucumbência fixada.

Inconformada, insurge-se a Apelante repisando os argumentos expostos na exordial, restando evidente o dano causado pelo ato ilícito pelo abuso de direito por parte da Apelada.

Recurso com processamento bastante. Resposta a fls.

Esse o breve relato.

Com efeito, a R. sentença deu adequada solução à espécie e merece prevalecer, pois que mui bem equacionou os fatos, e suas conclusões prostram por morte as da Apelante.

Deveras, é cediço que o cartão de crédito e senha detém uso pessoal e intransferível, cujo titular deve tomar as devidas cautelas para impedir que terceiros tenham acesso a eles.

Com efeito, impertinentes as alegações trazidas no bojo da apelação, uma vez que *" (...) ao não zelar pela guarda do cartão e da senha, a autora concorreu para o manuseio ocorrido em sua conta, ou seja, houve culpa, naturalmente sem intenção, mesmo em se tratando de relação familiar, entre mãe e filha. Ou, pelo menos, é o que se imagina pelo relato, tendo em vista que não se tem as argumentações da ré, que não foi localizada."*

Ver que neste feito, causa estranheza a própria postura adotada pela Autora, que não providenciou o cancelamento dos cartões e senhas, embora tivesse conhecimento da movimentação que diz irregular em sua conta e cartão de crédito, ante as correspondências enviadas à residência da Autora, pelo menos, desde setembro de 2017. (fls. 70-76). Ver ainda que a Defensoria Pública fora procurada em meados de 2018, ou seja, decorrido quase um ano do suposto início da apropriação pela Ré.

Nesse passo, a conclusão de Primeiro Grau é de ser prestigiada: *"A participação da autora como facilitadora (mesmo sem a intenção) foi o fator determinante a sua consecução. As transações foram realizadas com o cartão original e imposição de senha numérica/código de acesso, tranquilamente, ou seja, não se pode falar em fraude, tendo em vista que os dados e o plástico foram fornecidos de mãe para filha. Diante dos fatos apresentados e tratando-se de liberalidade da autora a entrega do cartão e senha para sua filha, sem qualquer cuidado em cancelar ou bloquear o cartão tão logo tomou conhecimento das transações, não merece acolhida as pretensões da presente demanda."*

Assim, corretamente, o MM. Juiz "a quo" houve por bem em julgar improcedente a demanda, pela imprudência e falta de zêlo da A. com relação à guarda do cartão e da senha, tudo isso que concorrera para os alegados proble-

Acesso ao Sumário

mas havidos em sua conta.

Assim, alfim, merece mantença a cuidada sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, invocando-se o Artigo 252 do Regimento Interno desta Centenária Corte para motivos da confirmação.

NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO acrescendo-se 2% à honorária, nos termos do Art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002865-06.2021.8.26.0337, da Comarca de Mairinque, em que é apelante IVAN APARECIDO MARTINS CHANES, é apelado VANDERLEI APARECIDO BARRETOS (REVEL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.112)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e HEITOR LUIZ FERREIRA DO AMPARO.

São Paulo, 12 de dezembro de 2022.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE JULGADA IMPROCEDENTE apelante que não comprovou a posse anterior e o esbulho do imóvel disputado ônus que lhe cabia, nos termos dos arts. 373, I c.c. 561 do CPC contrato particular de cessão de direitos possessórios não identica o endereço do objeto da transação sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP.

Resultado: recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A presente ação foi assim relatada: *"PAULA JUSSARA APARECIDA*

MARTINS CHANES, qualificada nos autos, ajuizou Ação de Reintegração de Posse em face de VANDERLEI APARECIDO BARRETOS. Relata a autora, em síntese, que é possuidora de imóvel situado na Rua Esperança s/nº, bairro Pantojo, Mairinque, há mais de dez anos, tendo-o recebido como pagamento de honorários de Almir de Jesus Alcântara. Refere que Almir havia adquirido o terreno verbalmente de José Severino, que concordou em formalizar a transação, o que ocorreu em julho de 2021. Afirma que o requerido é vizinho do imóvel e, mesmo após ser alertado de que o terreno tinha um dono, invadiu-o e construiu uma cocheira. Requer a reintegração na posse do imóvel. A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 7/17. Após justificação prévia (fls. 41), a liminar foi indeferida (fls. 42/43). O réu foi citado (fls. 39), mas não apresentou resposta no prazo legal".

A ação foi julgada improcedente (fls. 53/55). A autora foi condenada no pagamento das custas processuais, observada a gratuidade da justiça.

A autora interpôs apelação (fls. 57/60). Alegou que sofreu ato ilícito com a invasão ilegal de seu imóvel. Os documentos juntados aos autos comprovam a compra e venda e a posse do imóvel. Na exordial, foi indicado o endereço do imóvel. Deu como referência a casa do Sr. Ozanilton e a do apelado. O terreno fica ao lado da casa do invasor. Trata-se de local de antiga fazenda, sem cadastro na Prefeitura Municipal de Mairinque, bairro ainda em formação, sem estrutura (água, luz, esgoto etc). A posse é comprovada pela sua presença física no imóvel a cada três meses, bem como pelo fato de ter pedido ao corretor de imóvel para colocar placa de venda no terreno. Quando retornou ao imóvel, a placa havia sido arrancada e estava quebrada. No local havia cavalos e rudimentar cocheira. Pelo que expôs, pediu o provimento do recurso para o fim de ser julgada procedente a ação.

O apelado não apresentou resposta (fls. 63).

Não houve oposição ao julgamento em sessão virtual.

É a síntese necessária.

O recurso foi interposto no prazo e é isento de preparo em razão da gratuidade da justiça concedida à apelante (fls. 32). Passa-se, então, ao seu exame.

O apelo não comporta provimento.

A questão foi assim decidida: *"O feito comporta julgamento no estado em que se encontra, nos termos do art. 355, II, do Código de Processo Civil. O réu foi regularmente citado e, não obstante não apresentou resposta no prazo legal, tornando-se revel. Nos termos do art. 344 do Código de Processo Civil, a revelia induz presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Trata-se, contudo, de presunção relativa, de forma que não está o juiz compelido a, necessariamente, acolher o pedido inicial. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que '*é da melhor doutrina que não está no espírito da lei

Acesso ao Sumário

obrigar o juiz a abdicar de sua racionalidade e julgar contra a evidência, ainda que esta lhe tenha passado despercebida*' (STJ, AI 123.413, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 24.03.1997). No caso dos autos, entendo que as alegações do autor não encontram respaldo probatório mínimo, de forma que a presunção criada pela ausência de contestação do réu não pode prevalecer. Com efeito, não há, em primeiro lugar, informações suficientes que permitam a identificação do imóvel. A inicial faz referência a um terreno na Rua Esperança, no bairro Pantojo. O contrato de fls. 11/13, por sua vez, nem esse dado contém, já que espaço que descreveria o imóvel objeto da avença está em branco. Não há, ainda, nenhuma outra informação sobre o imóvel, tampouco provas do regular exercício da posse. Não há provas do cadastro do imóvel junto ao Município e não há indicativos de que a autora ou seus alegados antecessores tivessem praticado qualquer ato de conservação do imóvel que pudesse apontar para o exercício da posse. Assim, considerando que 'o efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para o convencimento do juiz' (RSTJ 146/396), impõe-se a improcedência do pedido inicial".*

A sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir, nos termos do permissivo contido no art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, de seguinte teor: *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la".*

Diga-se que o STJ entendeu válida a disposição, ao reconhecer *"a viabilidade de órgão julgador adotar ou retificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação do decisum"* (REsp. 662.272/RS, 2ªTurma, Rel. Min. João Otávio de Noronha; REsp, 641.963/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, REsp. 592.092/AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon e REsp. 265.534/DF, 4ª Turma Rel, Min. Fernando Gonçalves).

Pouco há que se acrescentar ao que constou da r. sentença.

A apelante não comprovou o fato constitutivo do direito possessório alegado, qual seja, a posse anterior e o efetivo esbulho praticado pelo apelado.

Com efeito, não há nos autos prova efetiva da posse anterior – direta ou indireta – exercida pela apelante ou do suposto esbulho praticado pelo apelado.

O documento denominado "contrato particular de cessão de direitos possessórios" não identifica o endereço do objeto da transação.

A cláusula II do contrato dispõe que *"a transação comercial se compõe da cessão dos direitos possessórios de um terreno medindo aproximadamente 300 metros quadrados, sem numeração situado na Rua (...), s/n., bairro do Pantojo, Mairinque/SP ..."* (fls. 11).

Não houve apresentação de nenhum documento apto a descrever a loca-

Acesso ao Sumário

lização do imóvel.

A simples menção de que se tratava de imóvel vizinho ao do apelado se mostra insuficiente para a demonstração da posse anterior. Era necessário que constasse o endereço do terreno no documento de cessão dos direitos possessórios. Dessa forma, poderia ser comprovado o exercício de posse anterior no terreno especificado e o esbulho praticado pelo apelado.

Cediço que nos termos dos artigos 373, inciso I c.c. 561 do Código de Processo Civil, era ônus da apelante comprovar sua posse anterior e o esbulho praticado pelo apelado. Ela não se desincumbiu de tal ônus.

Corolário, era mesmo de rigor o decreto de improcedência da demanda.

Não há majoração de honorários advocatícios em sede recursal por ausência de fixação em 1º grau.

Nesses moldes, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002842-35.2022.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante PANDURATA ALIMENTOS LTDA, é apelado S.M. DA SILVA PEREIRA & CIA. LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento originário, por maioria de votos, foi negado o provimento ao recurso, vencido Segundo Juiz que a ele dava provimento ao recurso. Ampliado o julgamento, o Quarto Juiz acompanhou o Segundo Juiz e o Quinto Juiz acompanhou o Relator, negando provimento ao recurso. Declarará voto, o segundo juiz." **(Voto nº 13.153)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2022.

NETO BARBOSA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Compra e venda de bem perecível – Panetone (Chocotone) – Ação de reparação de danos materiais e morais – Sentença de procedência – Apelo da ré – A relação mantida entre as partes é de consumo – CDC – Aplicabilidade – O fato da autora ser pessoa jurídica, por si só, não descaracteriza a situação de

consumidora. De fato, a situação relatada nos autos envolve a aquisição de bens em benefício próprio, sem transformação ou inserção em cadeia produtiva. A falha na prestação de serviços por parte da ré, como também a obrigação desta última ao ressarcimento do valor dos produtos não entregues à consumidora, restou incontroversa. Danos morais – Ocorrência – O caso em exame guarda peculiaridades que merecem ser consideradas, em se tratando de dano moral, na medida em que os elementos de convicção constantes dos autos apontam que o descumprimento contratual extrapolou as fronteiras do mero aborrecimento e causou ofensa à honra objetiva da empresa autora, mais precisamente sua imagem em relação aos seus funcionários. De fato, na medida em que a autora não pode presentear seus funcionários no final do ano de 2021 com um chocotone, como retribuição aos esforços durante aquele exercício, o que, aliás, é comum nas relações empregatícias. Com efeito, segundo consta dos autos, os referidos produtos (chocotones) eram esperados pelos empregados da autora, que deixaram de ser presenteados pela falta de entrega pela ré, somada à ausência de restituição da quantia paga, para que a autora, pequena empresa, pudesse efetuar a compra de outros produtos, em substituição. Logo, forçoso convir que a falta de entrega dos produtos, que serviriam como presente ou lembrança de final de ano aos empregados da autora, causou sim abalo da honra objetiva (imagem) perante seus funcionários, que aguardavam ser agraciados. Não bastasse isso, afigura-se de rigor a aplicação à espécie, da Teoria do Desvio Produtivo. Com efeito, a ré, na condição de fornecedora, responde pelos prejuízos extrapatrimoniais causados porquanto não se prontificou a resolver o problema da consumidora pelas vias administrativas, muito embora tenha sido insistentemente notificada a tanto. Em outras palavras, o fundamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais não decore pura e simplesmente da falha na prestação de serviços e descumprimento do contrato, mas, também do abalo da imagem da autora para com seus

Acesso ao Sumário

empregados e também no tempo desperdiçado pela consumidora para a solução dos problemas, que, in casu, durou mais de 07 meses, tendo em conta que o valor da compra só lhe foi restituído em 24/06/2022, ou seja, no curso desta ação. Bem por isso, de rigor o dever de indenizar. Montante indenizatório – Indenização fixada com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, não há que se cogitar de redução in casu. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 209/212, cujo relatório adoto, a ação de reparação por danos materiais e morais, fundada em contrato de compra e venda de produto alimentício (panetones), ajuizada por **S.M. DA SILVA PEREIRA & CIA. LTDA.** em face de **PANDURATA ALIMENTOS LTDA (BAUDUCCO)**, foi julgada procedente.

Em consequência, o MM. Juízo a quo reputou cumprida a obrigação de restituição do valor pago e condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362, do STJ) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação.

Sucumbente, a ré foi condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Com efeito, considerou o MM. Juízo a quo que: *"(...) Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, decorrente de cancelamento de compra de produtos, cujo julgamento antecipo, ante os documentos coligidos aos autos e desinteresse das partes na produção de outras provas. Afasto a preliminar de carência da ação por falta de interesse de agir (fls. 141, final), a despeito do depósito em conta da autora do valor dos produtos (fls. 190/191), pois a pretensão inicial inclui pedido de indenização por danos morais. Quanto ao mérito, em 20.11.2021 a autora adquiriu panetones no site da ré, pelo preço de R$ 599,70, com entrega prevista para 29.11.2021 (fls. 32/33 e 38), cuja transação foi confirmada (fls. 34/35), constando do documento de fls. 37 "Preparando o pedido". Ocorre que, somente após inúmeras cobranças de entrega (fls. 45/70), o atendente da ré informou, em 15.12.2021, que a compra havia sido cancelada (fls. 71), fato admitido na defesa (fls. 141, item 2). Outrossim, a autora requereu a devolução do valor da compra na mesma data (fls. 72), reiterou o pedido em várias datas (fls. 73/113), anotando-se que, em 4.1.2022, ainda constava na área do cliente, do site da empresa ré, que o pedido foi con-*

Acesso ao Sumário

firmado, o pagamento aprovado e a empresa estava preparando o pedido (fls. 84). Embora a ré alegue que o pedido foi cancelado porque a pessoa jurídica realizou a compra em ambiente de venda da pessoa física (fls. 141 e 144, 1º §), o cancelamento ocorreu no mesmo dia, em 20.11.2021 (fls. 43), mas o fato somente foi comunicado em 15.12.2021 (fls. 141 e 144, 1º §) e a devolução da quantia paga efetivou-se no curso da lide, em 24.6.2022 (fls. 190/191), o que demonstra falha na prestação do serviço. Ademais, não se justificava a retenção do valor pago, por mais de seis meses, sendo notório que a autora, empresa de pequeno porte, necessitava da quantia para adquirir novos produtos para seus funcionários por ocasião do Natal, fato que foi comunicado à ré (fls. 74 e 114). Assim, inafastável a ocorrência de danos morais, ainda que se trate de pessoa jurídica, pois ficou impossibilitada de adquirir novos produtos, fato que afeta a imagem da empresa perante seus funcionários, pois a comunicação foi tardia e o valor da compra cancelada não foi restituído em prazo razoável. Nesse sentido: *"APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Inadimplemento contratual. Ré que deixou de entregar cestas de Natal que seriam distribuídas para os empregados e colaboradores das empresas autoras. Restituição dos valores despendidos na compra. Procedência parcial. Inconformismo dos demandantes. Acolhimento parcial. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. O abalo da imagem e credibilidade da empresa perante seus empregados tem o condão de acarretar danos morais indenizáveis, uma vez que seus colaboradores constituem fator importante, quando não essencial, para o desenvolvimento da atividade empresária. Expectativas dos empregados frustradas, especialmente em razão das restrições sociais e redução salarial decorrentes da pandemia de COVID-19. Cestas adquiridas e que deveriam ser entregues ainda em novembro. Extravio não comunicado formalmente ao adquirente. Danos morais caracterizados. Indenização devida no importe de R$ 10.000,00, para cada uma das empresas autoras. Sócio das empresas que realizou a compra das cestas que atuou em nome das empresas, como mero intermediador. Inocorrência de lesão a seus direitos de personalidade. Reparação indevida à pessoa física. Sucumbência carreada à ré. Honorários fixados em 15% do valor da condenação. RECURSO PROVIDO EM PARTE" (TJSP; Apelação Cível 1003652-83.2021.8.26.0224; Relator (a): Rosangela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; j: 20/04/2022). Por fim, o valor pleiteado, de R$ 5.000,00, merece acolhida, pois observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, peculiaridades do caso, a extensão do dano e as condições pessoais dos litigantes, sendo suficiente a reparar o dano moral sofrido pela autora e desestimular a ré de nova violação, anotando-se que o ressarcimento do dano material foi realizado no curso da lide e o valor depositado não foi impugnado. (...)" (sic).*

Irresignada, apelou a ré (fls. 217/223), insurgindo-se, em apertada síntese,

Acesso ao Sumário

em relação a indenização por danos morais a que foi condenada.

Nesse sentido, defende que a ausência de pronta restituição do valor da compra à apelada não poderia causar impacto financeiro na apelada, tendo em vista o baixo valor envolvido, qual seja, R$ 599,70 (fls. 219).

Ademais, sua honra objetiva, conceituada pela jurisprudência como sendo caracterizada pela fama, conceito e credibilidade que passa ao mercado consumidor, não chegou a ser atingida no caso concreto, pois o cancelamento da compra e ausência de entrega dos produtos que se destinariam aos funcionários da apelada, não tem o condão de repercutir no nome e tradição da empresa perante o mercado de consumo e tampouco em sua atividade empresarial (fls. 220/221).

Por outro lado, o valor da compra já foi devidamente restituído à autora. Destarte, insistindo que não houve abalo à imagem da autora, ora apelada, requer o acolhimento do recurso para que, reformada a sentença recorrida, o pedido de indenização por danos morais seja julgado improcedente.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 224/225; 240).

Contrarrazões as fls. 229/238.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, de rigor o conhecimento do recurso.

No mérito, com a máxima vênia, a r. sentença deve ser mantida.

De fato, visto que o Juízo a quo deu interpretação adequada aos fatos e prova dos autos, expondo fundamentação legal e conclusão irrecusáveis.

Com efeito, e no tocante aos temas suscitados em recurso, observo, de início, que a relação havida entre as partes é de consumo, *ex vi* do que dispõem os arts. 2º. e 3º., do CDC.

Com efeito, embora a autora seja pessoa jurídica, a situação relatada nos autos envolve a aquisição de bens em benefício próprio, sem transformação ou inserção em cadeia produtiva.

Acesso ao Sumário

De fato, como se vê a fls. 30/31, a autora é uma pessoa jurídica de direito privado, com o seguinte objeto social: *"PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS E SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE APOIO ADMINISTRATIVO NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE ATIVIDADES DE CONSULTORIA EM GESTÃO EMPRESARIAL, EXCETO CONSULTORIA TÉCNICA ESPECÍFICA ATIVIDADES DE INTERMEDIAÇÃO E AGENCIAMENTO DE SERVIÇOS E NEGÓCIOS EM GERAL, EXCETO IMOBILIÁRIOS GESTÃO DE ATIVOS INTANGÍVEIS NÃO-FINANCEIROS SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVO" (sic).*

Ademais, de acordo com o relato da inicial, os produtos adquiridos se-

riam utilizados na própria empresa, para distribuição aos seus empregados, como lembrança ou presente de final de ano.

Segundo o artigo 2º, caput, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), *"consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"*.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, já firmou entendimento de que *"o conceito de 'destinatário final', do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio, sem transformação ou beneficiamento na cadeia produtiva."* (Processo AgRg no REsp 508889 / DF – Relator: Ministro HUMBERTO GOMES BARROS – Terceira Turma – Julgado em: 16/05/2006 – Data da Publicação/Fonte: DJ 05/06/2006 – p. 256).

Ora, o produto vendido pela ré/apelante não possui relação remota com a atividade fim da autora, ora apelada.

De qualquer modo, fosse a mera relação de um bem ou serviço com a atividade fim, o critério para definir a aplicação do CDC, forçoso convir que nenhuma pessoa jurídica poderia se valer da legislação consumerista, tornando, via de consequência, inócua a definição do art. 2º, do CDC, segundo a qual, consumidor pode ser *"pessoa física ou jurídica"*.

Em verdade, o que se exige, para que se possa definir a pessoa jurídica como destinatária final, nos termos do art. 2º do CDC, é que ela não insira diretamente, como insumo, o produto ou serviço a ela prestado, no produto ou serviço por ela prestado ou inserido no mercado de consumo.

Em suma, não se enquadra no conceito de destinatário final a pessoa jurídica que repassa a seus empregados, em relação interpessoal, o produto ou serviço a ela prestado por terceiro.

Não houve, in casu, agregamento direto ou indireto no serviço ou produto relacionado à sua atividade fim, qual seja, aquela que oferece ao mercado de consumo.

Logo, a autora é destinatária final dos serviços prestados pela ré, ou seja, consumidora, nos termos do art. 2º do CDC.

Lado outro, a ré é fornecedora dos produtos adquiridos pela autora.

Destarte, como bem ponderado pelo Juízo a quo, de rigor a análise da controvérsia, à luz do CDC,

Assentada a aplicação da legislação consumerista à espécie, anoto, via de consequência, que a análise da demanda deve ser efetuada à luz da principiologia inerente ao sistema de proteção do consumidor, em especial os princípios da boa-fé, facilitação de defesa dos direitos, hipossuficiência e direito à informação.

Acesso ao Sumário

Isso posto, e já ingressando no mérito, consigno, que a falha na prestação de serviços por parte da ré, como também a obrigação desta última ao ressarcimento do valor dos produtos não entregues à consumidora, restou incontroversa.

Realmente, tendo em vista que contra essa parte da r. sentença, que reputou cumprida a obrigação atinente à restituição do preço pago, não foi interposto recurso.

Logo, **de rigor a conclusão de que tanto o reconhecimento da falha na prestação de serviços, assim como o ressarcimento do valor pago pelos produtos não entregues (R$ 599,70), passou em julgado.**

No tocante aos danos morais, tema objeto do recurso, a pretensão da empresa ré não prospera.

Com feito, a existência do dano, ainda que não repercuta no patrimônio do lesado, mas em outros interesses *"de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral"* (SOUSA. Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 458.), é pressuposto essencial para configurar a obrigação em reparar, na forma de indenização ou de compensação, isto porque, não há responsabilidade civil sem dano.

No arcabouço doutrinário brasileiro, Arnoldo Wald esclarece que *"O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral"* (Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407).

Para Carlos Alberto Bittar *"são morais os danos aos atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto)"* (Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, Revista dos Tribunais, SP, 1993, p. 24).

Lado outro, é certo que, em tese e a princípio, o inadimplemento contratual, por si só, não enseja o dano moral.

Nesse sentido, iterativa jurisprudência, inclusive desta C. Câmara. Confira-se:

"BEM MÓVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZOS MORAIS PASSÍVEIS DE REPARAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. 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. Cabe ao juiz, analisando o caso concreto e diante da sua experiência, apontar se a reparação imaterial é cabível ou não. Nesse sentido, foi aprovado,

Acesso ao Sumário

na 'III Jornada de Direito Civil', o Enunciado nº 159 do Conselho da Justiça Federal, pelo qual o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material. Para concretizar tal dedução, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, de forma reiterada, que 'a mera quebra de um contrato ou o mero descumprimento contratual não geral dano moral' (AG. RG. 303.129/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 28.05.2001, p. 199)." (ACR nº 0025149-28.2010.8.26.0008, TJSP, 29ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Thomaz, j. em 25/06/2014).".

Em suma, nos casos em que se pretende concluir pela existência de danos extrapatrimoniais decorrentes do inadimplemento de contrato, não se pode presumir o dano moral puro ou *in re ipsa*, devendo o interessado demonstrar as repercussões negativas que teve em sua esfera moral.

Pois bem.

A controvérsia objeto deste feito guarda peculiaridades que merecem ser consideradas, em se tratando de dano moral, na medida em que os elementos de convicção constantes dos autos apontam que o descumprimento contratual extrapolou as fronteiras do mero aborrecimento e causou ofensa à honra objetiva da empresa autora, mais precisamente sua imagem em relação aos seus funcionários.

De fato, na medida em que a autora não pode presentear seus funcionários no final do ano de 2021 com um chocotone, como retribuição dos esforços durante aquele exercício, o que, aliás, é comum nas relações empregatícias.

Mais;

Segundo consta dos autos, os referidos produtos (chocotones) eram esperados pelos empregados da autora, que deixaram de ser presenteados pela falta de entrega pela ré, somada à ausência de restituição da quantia paga, para que a autora, pequena empresa, ante o capital social declarado na ficha da JUCESP (fls. 30), pudesse efetuar a compra de outros produtos, em substituição.

Logo, forçoso convir que a falta de entrega dos produtos, que serviriam como presente ou lembrança de final de ano aos empregados da autora, causou sim abalo da honra objetiva (imagem) perante seus funcionários, que aguardavam ser agraciados.

Mas não é só.

Afigura-se de rigor a aplicação à espécie, da Teoria do Desvio Produtivo.

Com efeito, a análise da prova dos autos demonstra que as consequências decorrentes da desídia da apelante extrapolaram a órbita contratual, porquanto ela não se prontificou a resolver o problema da autora pelas vias administrativas, muito embora tenha sido insistentemente notificada para tanto (fls. 45/116).

Em outras palavras, o fundamento da condenação ao pagamento de in-

Acesso ao Sumário

denização por danos morais não decorre pura e simplesmente da falha na prestação de serviços e descumprimento do contrato, mas, também, do tempo desperdiçado pela consumidora para a solução dos problemas, que, in casu, durou mais de 07 meses, tendo em conta que o valor da compra só foi restituído em 24/06/2022, ou seja, no curso desta ação (cf. fls. 190/191), destaque-se.

Realmente, esgotados os esforços para solução da pendência em sede administrativa, a autora se viu obrigada ao ajuizamento desta ação e, ainda, assim, a ré, invocando argumentos sem razão de ser, como acima demonstrado, levou tempo para cumprir o comando judicial.

Tal situação não pode ser tida como de mero dissabor ou aborrecimento inerente ao cotidiano.

Em verdade, a falta de solução obrigou a consumidora a desperdiçar grande parte do seu tempo na tentativa de ver seu problema resolvido.

Destarte, aplicável à espécie a teoria do *"Desvio Produtivo do Consumidor"*, pela qual se sustenta que o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução dos problemas enseja danos morais e, via de consequência, o dever de indenizar.

Em suma, há que se convir que após todo o trâmite da demanda, condenar a ré e apelante apenas a cumprir o que já deveria ter cumprido há muito tempo, como restou apurado neste feito, acabaria por incentivar a postergação.

Mais; serviria de incentivo para que a apelante continuasse a retardar ao máximo o cumprimento de suas obrigações.

Destarte, era mesmo de rigor a condenação da suplicada/apelante ao pagamento à parte autora, de indenização por danos morais, ex vi do que dispõe o art. 186, do CC, tal como posto na r. sentença.

Nesse sentido, aliás, iterativa jurisprudência deste Eg. Tribunal e C. Câmara.

A propósito veja-se:

"Compra e venda de coisa móvel – Ação de restituição c.c. danos morais – Sentença de parcial procedência Apelos de ambas as partes A relação mantida entre as partes é de consumo – ***CDC – Aplicabilidade – O fato da autora ser pessoa jurídica, por si só, não descaracteriza a situação de consumidora, posto que ela (suplicante) é destinatária final do serviço prestado. Com efeito, os serviços prestados pela ré são utilizados em benefício próprio, sem transformação ou beneficiamento em cadeia produtiva da suplicante. Falha na prestação de serviços, consistente na ausência de entrega de parte dos produtos adquiridos e ressarcimento do valor a eles correspondentes que restou incontroversa – Danos morais – Ocorrência – A ré, na condição de fornecedora, responde pelos prejuízos extrapatrimoniais causados porquanto não se prontificou a resolver o problema da consumidora pelas vias adminis-***

trativas, muito embora tenha sido insistentemente notificada para tanto. O fundamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais não decorre da falha ou defeito na prestação de serviços, mas, sim, do tempo desperdiçado pela consumidora para a solução dos problemas. Em suma, de rigor a aplicação à espécie, da teoria do "Desvio Produtivo do Consumidor", segundo a qual, é admissível a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, quando configurada situação como a dos autos. Bem por isso, de rigor o dever de indenizar. *Montante indenizatório – Indenização fixada com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, não há que se cogitar de majoração. Tampouco há que se cogitar de alteração da verba honorária, posto que fixada segundo as balizas impostas pelo art. 85, § 2º., do CPC. Recursos improvidos."* (TJSP; Apelação Cível 1033685-03.2018.8.26.0114; Relator (a): Neto Barbosa Ferreira; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2021; Data de Registro: 31/03/2021 – g.n.).

"SEGURO FACULTATIVO DE AUTOMÓVEL. VEÍCULO FURTADO. NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO INDEVIDA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. NECESSIDADE DE PROVIDÊNCIAS SOBRE A DOCUMENTAÇÃO, NO QUE SE REFERE À SUB-ROGAÇÃO DO "SALVADO". DANOS MORAIS CONFIGURADOS, NÃO SENDO O CASO DE MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. Recurso de apelação da seguradora provido em parte e provido o recurso dos autores. [...] É evidente que, ao realizar um contrato de seguro, o segurado passa a deter uma legítima expectativa de recebimento da indenização nas hipóteses dos riscos contratados. ***Cumprindo sua obrigação de pagar o prêmio do seguro, e não havendo qualquer evidência de má fé ou subterfúgios por parte do consumidor, não se pode admitir que a seguradora, a seu bel prazer, deixe de cumprir sua parte na obrigação, obrigando o segurado a contratar advogado para ingressar com ação judicial e, desse modo, compelindo-o a uma indiscutível a perda de tempo útil de sua vida.*** *Se causou todo este desgaste, deve responder por ele, sob pena de total inversão de valores. [...]"* (TJSP; Apelação 1081851-45.2017.8.26.0100; Relatora: Des. Cristina Zucchi; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 12/07/2018). g.n.

No que diz respeito ao *quantum*, observo que a indenização por dano moral, segundo julgado publicado em JTJ LEX 142/95, mencionado por Rui Stoco, em Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial – pg. 405, deve ser arbitrada, pois, *"nada dispondo a lei a respeito, não há critérios objetivos para cálculo e esse dano nada tem com as repercussões econômicas do ilícito."*

Em verdade, como já assentado pela jurisprudência, a indenização por dano moral tem natureza compensatória e visa proporcionar ao ofendido um bem estar psíquico pela ofensa propriamente dita, mas, não enriquecê-lo.

Acesso ao Sumário

Outrossim, o arbitramento da indenização deve levar em conta não só as consequências do fato para o apelado, mas, também, a situação econômica da empresa apelante, além de sua culpabilidade.

Por fim, deve-se considerar o caráter pedagógico da indenização por dano moral, que deve ser suficiente para desencorajar futuras repetições da mesma conduta pelos condenados.

Como ensina Caio Mario da Silva Pereira, a indenização em questões da espécie, deve ser constituída de soma compensatória *"nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."* (Responsabilidade Civil, 2a edição, Forense, 1990, pág. 67).

Nesse diapasão, atento aos parâmetros acima expostos, **considero adequada a indenização fixada pelo Juízo a quo, qual seja, R$ 5.000,00, quantia aproximadamente equivalente a 04 salários mínimos, considerada a unidade federal vigente, quando da prolação da r. sentença, qual seja, R$ 1.212,00.**

A indenização, tal como deliberado pelo Juízo a quo, deve ser corrigida a partir da data do arbitramento e acrescida de juros de mora, a partir da citação, posto que demonstrada a existência de relação contratual entre as partes.

Ante todo o exposto, **o improvimento do recurso é medida que se impõe.**

Por fim, deixo consignado, relativamente a recursos não ordinários, que todas as normas, dispositivos e princípios destacados pelas partes foram considerados, ainda que não citados expressamente.

Destaque-se que o prequestionamento não é numérico, mas sim temático, já tendo o E. Superior Tribunal de Justiça decidido, no AgRg no Ag. nº 345.636-0-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, j. 16/08/2001, que "*o que se refere ao prequestionamento, esta Corte o tem admitido de forma implícita. A ofensa a determinado dispositivo legal ou a divergência acerca de sua interpretação não requer, obrigatoriamente, que o referido dispositivo tenha sido mencionado no acórdão recorrido, desde que a questão federal tenha sido debatida no tribunal "a quo" (ver REsp. 260.142-DF, DJ de 16/04/2001, rel. Min. Jorge Scartezzini; EREsp 181.6820-PE, DJ de 16/08/1999, rel. Min. Eduardo Ribeiro; EREsp 144.844-RS, DJ de 28/06/1999, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)".*

Improvido o recurso, majoro os honorários devidos pela ré/apelante ao patrono da parte autora em 16% sobre o valor atualizado da condenação, o que faço com fundamento no art. 85, § 11, do CPC.

Com tais considerações, **pelo meu voto, nego provimento ao recurso.**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 23.688)

Com a devida vênia, ouso divergir da douta maioria, não reputando deem os fatos margem a dano moral passível de ressarcimento.

Não se desconhece o desenvolvimento em sede doutrinária de tese que busca justificar o dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). Segundo explicitam Tarcísio Teixeira e Leonardo Silva Augusto, a teoria tem como fundamento o desperdício de tempo (entendido esse como recurso produtivo escasso) injusto e intolerável, diante do que se reconhece a existência de nova modalidade de dano de natureza extrapatrimonial. Essa nova modalidade de dano tem sido admitida por parte da jurisprudência para responsabilizar fornecedores pela "perda de tempo" do consumidor, conforme anotam os autores:

> *"(...) quando o fornecedor disponibiliza no mercado de consumo produtos ou serviços defeituosos e, em vez de prontamente solucionar os problemas verificados, trata o consumidor com desídia e descaso, deixando de sanar a falha dentro do prazo legal, compelindo-o, assim, a desviar seu tempo das atividades desejadas, como o lazer, o trabalho, o convívio familiar, para solucionar o problema verificado, acaba violando seu dever jurídico originário e verificada a ocorrência do dano, exsurge para o fornecedor o dever de indenizar a lesão causada, isto é, o dever de indenizar o tempo desperdiçado."* (O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo), in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 110, p. 177/209, jan./dez.2015).

Entretanto, não bastasse tratar-se de tese ainda não sedimentada, percebe-se voltar-se à compensação do desperdício de tempo sob o prisma extrapatrimonial, tendo por base os transtornos e restrições causados no plano pessoal.

No tocante a pessoas jurídicas, em relação a que não se pode falar em incômodo, sofrimento psicológico ou diminuição da qualidade de vida, o problema acaba inevitavelmente se voltando para o plano patrimonial, com a necessidade de demonstração racional de que o tempo empregado reverteu em perda financeira. E a tanto não basta o raciocínio simplista e meramente retórico de que tempo é dinheiro, como que a associar automaticamente o mero emprego de tempo a um correlato direito remuneratório.

Na hipótese dos autos, o produto não foi entregue e, superado o momento previsto, a questão se transferiu para o terreno patrimonial do mero ressarcimento. Tampouco vejo abalo à imagem passível de justificar indenização a esse título, mas evento próximo da insignificância, além do mais facilmente explicável pela empresa aos funcionários.

Em tal perspectiva, com a devida vênia, considero descabida a reparação pretendida a esse título.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso da ré, para afastar a indenização.

FABIO TABOSA, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003106-16.2022.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante ANDRÉIA DE OLIVEIRA REIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO AGIBANK 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: "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 54.013)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), HÉLIO NOGUEIRA e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 9 de janeiro de 2023.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Revisional. Contrato bancário. Crédito pessoal. Taxa de juros abusiva. Pedido de restituição do dobro do indébito e de indenização por dano moral. Sentença de parcial procedência, determinada a aplicação da taxa de juros divulgada pelo BACEN, com restituição simples do indébito, afastado o dano moral. Apelo da autora. Incontroversa cobrança de juros abusivos. Devolução simples daquilo que eventualmente foi pago a maior. Dano moral. Cobrança de encargos abusivos não representa, por si só, ofensa aos direitos da personalidade. Ausência de negativação. Verba honorária irrisória. Necessidade de adequação. Honorária fixada por equidade em R$2.000,00, diante do baixo valor do proveito econômico utilizado como base de cálculo na r. sentença. Artigo 85, § 8º, CPC. Montante que atende pleito recursal. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Andréia de Oliveira Reis ajuizou ação revisional de contrato bancário com pedido de restituição em dobro do indébito e de indenização por dano moral contra Banco Agibank S/A. A r. sentença julgou parcialmente procedente a demanda para determinar a substituição da taxa de juros pela taxa divulgada pelo BACEN à data do contrato, com condenação do réu a restituir de forma simples os valores indevidamente pagos, afastado o dano moral. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido [fls. 588/593]. Inconformada, apelou a autora, pretendendo a devolução em dobro do indébito e a condenação do réu a indenizar por dano moral. Pugnou, ainda, pela fixação dos honorários advocatícios por equidade em valor superior a R$2.000,00 [fls. 596/608]. Contrarrazões às fls. 653/661. Recurso processado em seguida.

É o relatório.

O recurso é parcialmente provido. Explica-se.

É incontroverso que a taxa de juros praticada pelo réu era excessiva, devendo ser substituída pela taxa divulgada pelo BACEN, conforme estabelecido na r. sentença, uma vez que não foi impugnada essa parte da decisão que, portanto, ficou superada.

Bate-se a autora pela condenação do réu a indenizar por dano moral e para que a devolução do indébito se dê de forma dobrada, além de pretender que os honorários advocatícios sejam fixados por equidade em quantia não inferior a R$2.000,00.

Pois bem.

Em razão da aplicação de taxa de juros excessiva, eventuais valores pagos a maior pela autora ao réu deverão ser restituídos de forma simples.

Isso porque não se evidencia a má-fé na conduta do réu capaz de justificar a aplicação do art. 42 do CDC.

E, embora o e. Superior Tribunal de Justiça tenha flexibilizado a aplicação do artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor, conforme recente tese firmada pelo sobre o tema, afastando a exigência do elemento volitivo (má-fé), a Corte Superior também decidiu pela modulação dos efeitos do novo entendimento: *"A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida, revelando-se cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva."*.

"[...] Modulam-se os efeitos da presente decisão – somente com relação à primeira tese – para que o entendimento aqui fixado quanto à restituição em dobro do indébito seja aplicado apenas a partir da publicação do presente acórdão. A modulação incide unicamente em relação às cobranças

Acesso ao Sumário

indevidas em contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, as quais apenas serão atingidas pelo novo entendimento quando pagas após a data da publicação do acórdão" [STJ. Corte Especial. EAREsp 676608/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 21/10/2020].

Assim, e considerando tratar-se de relação decorrente de contrato bancário, firmado em 06/07/2019, a ser pago em 12 parcelas mensais consecutivas, ou seja, encerrado antes da publicação do referido Acórdão, em 30/03/2021, inaplicável o novo entendimento, devendo a repetição se dar na forma simples.

Com relação ao pedido de indenização por dano moral, tem-se que, embora abusiva a taxa de juros remuneratórios aplicada pela instituição financeira, não se verifica no caso a existência de dano moral.

A cobrança de taxa de juros abusiva não representa, por si só, uma ofensa aos direitos da personalidade da autora.

No caso, não há indícios de que houve cobrança vexatória ou que o banco tenha adotado conduta capaz de gerar lesão a direitos extrapatrimoniais da requerente ou que implicasse afronta à sua honra, imagem ou outros direitos da personalidade. É de se ressaltar também que não houve negativação do nome do autor, que pudesse ensejar abalo ao crédito.

Assim, não havendo mácula, não há que se falar em dano moral.

Razão assiste à apelante, entretanto, com relação aos honorários advocatícios.

Para melhor tratar da situação, é pertinente destacar o trecho da r. sentença que cuidou do ônus sucumbencial:

"Em razão da sucumbência recíproca, serão distribuídos proporcionalmente entre as partes, na forma do art. 86 do CPC, as despesas processuais. Levando-se em consideração o contido no § 14, do art. 85 do CPC, condeno a parte vencida ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação, observado, se for o caso, a gratuidade da justiça."

Acesso ao Sumário

De fato, a base de cálculo utilizada para calcular os honorários advocatícios devidos pelo réu ao patrono da autora, considerando a margem de 10% estabelecida pelo d. Juízo de primeiro grau, resulta em verba irrisória e que não remunera condignamente o trabalho do profissional que, não obstante a atuação singela, desempenhou sua função em favor da parte.

Nesse sentido, já decidiu o c. STJ que:

"Civil. Processual civil. Embargos do devedor. Título extrajudicial. Ausência de certeza do título. Embargos de declaração. Omissão não verificada. Verba honorária. Valor irrisório. Majoração possível. Precedentes. I – O arbi-

tramento da verba honorária em valor irrisório ofende a equidade e, também, a dignidade do profissional da advocacia. Aplicação do art. 20, § § 3º e 4º do CPC. II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido." [cf. STJ, REsp 899.193/ES, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 21.08.2007]

O Código de Processo Civil estabeleceu, acerca dos honorários advocatícios, a seguinte disciplina:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º."

Assim, os honorários de sucumbência devidos pelo réu ao patrono da autora ficam fixados por equidade em R$2.000,00.

O montante ora fixado é suficiente a remunerar condignamente o profissional, condiz com a baixa complexidade da demanda, nos termos do artigo 85, §§ 2º, 8º e 11, do Código de Processo Civil e atende a pretensão posta nas razões recursais.

Portanto, reforma-se a r. sentença em parte apenas para ajustar os honorários advocatícios devidos pelo réu, na forma acima consignada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013814-93.2021.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante CHRISTIANE CAMPOS FATALLA ELIAS, é apelado CENTRO EDUCACIONAL DE SAN-

Acesso ao Sumário

TOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.280)**

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

São Paulo, 11 de janeiro de 2023.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – AÇÃO DE COBRANÇA – INADIMPLEMENTO INCONTROVERSO – ALEGADA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO SE QUALIFICA COMO HÁBIL PARA AFASTAR A RESPONSABILIDADE DA RÉ PELO PAGAMENTO DAS MENSALIDADES – ARGUMENTAÇÃO RECURSAL INSUBSISTENTE PARA EFEITO DE ALTERAR A CONDENAÇÃO IMPOSTA – SENTENÇA MANTIDA.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

VOTO

Inconformada com a sentença que julgou procedente a ação de cobrança fundada em contrato de prestação de serviços educacionais, condenando-a ao pagamento do valor de R$ 11.716,54, a ser corrigido monetariamente desde a data do ajuizamento da ação e com incidência de juros de mora de 1% a.m. a partir da citação, além das verbas de sucumbência, apela a ré em busca da reforma e inversão do julgado.

Em síntese, a apelante reitera os termos da sua contestação, repassando ter cientificado a autora de que as mensalidades não seriam pagas em decorrência das constantes falhas na prestação dos serviços, consistente, sobretudo, na prática de atos de discriminação para com sua filha menor, o que justifica o inadimplemento das mensalidades pactuadas.

Recurso regularmente processado, com contrarrazões.

É o relatório.

A insurgência não prospera.

Na hipótese, a apelante é devedora confessa de mensalidades devidas por força da prestação de serviços de ensino médio à sua filha menor, justificando

Acesso ao Sumário

o inadimplemento em razão da deficiência dos serviços fornecidos durante o período a que se refere a dívida.

Consoante os fundamentos expostos pela nobre sentenciante, doutora Rejane Rodrigues Lage, *A Ré, malgrado tenha exposto questões atinentes à forma pela qual a prestação de serviços constante do contrato tenha ocorrido, em momento algum negou que a aluna estivesse matriculada, nem questionou o valor pretendido. Diversamente, a Ré afirma que a aluna logrou aprovação em diversas Faculdades e que deliberadamente não pagou as prestações finais do contrato, por entender merecer indenização da escola.*

Quanto à alegada exposição da aluna e demais aspectos atinentes a desejada indenização, a Ré aduz que buscará a reparação pela via adequada.

Correta a decisão, sendo de todo impraticável compensar a dívida confessada pela apelante com eventual direito à indenização cuja discussão sequer foi submetida em juízo por suposta deficiência dos serviços prestados.

Em suma, a justificativa apresentada pela apelante não constitui fundamento jurídico hábil a afastar a sua responsabilidade pelo pagamento das mensalidades correspondentes.

Destarte, e considerando que as razões da apelação nem mesmo combatem especificamente os fundamentos lançados na sentença, limitando-se essencialmente a repetir os mesmos infundados argumentos deduzidos na contestação, revelando-se, portanto, de todo insubsistentes, há que prevalecer a solução adotada em primeiro grau.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**, e, cumprindo o disposto no art. 85, § 11 do CPC, elevo os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000799-87.2022.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante FLÁVIA GUEDES CACKO, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SAHY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.905)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA e MARCONDES D'ANGELO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 12 de janeiro de 2023.
CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: EMPREITADA – RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Parte beneficiária da gratuidade da justiça – Ônus do exequente comprovar que houve alteração da situação econômica do executado **– Procedimento não observado – Extinção do incidente – Cabimento – Exequente condenado aos honorários – Possibilidade – Decisão mantida – Recurso desprovido.**

VOTO

Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com indenização, em fase de cumprimento de sentença, que FLÁVIA GUEDES CACKO move contra CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SAHY julgada extinta a execução, condenada a exequente ao pagamento de eventuais custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado do débito apontado.

No apelo, a exequente busca a reforma do julgado sob o fundamento de que a manifestação de fls. 18/19 não pode ser considerada como impugnação, diante do trânsito em julgado certificado as fls. 06. Houve cerceamento de defesa, eis que não aguardado o prazo para manifestação sobre a petição do executado. Esclarece que dirigiu simples petição ao processo principal, transformada pelo juízo em cumprimento de sentença, sem ordenar a retificação ou emenda da peça, não podendo agora utilizar tal fundamento para extinguir o processo, incorrendo em nulidade processual.

No mérito, sustenta que não pode ser considerada omissa, na medida que contém na petição informação acerca da gratuidade da justiça, concedida ao executado. Impugna a sentença, desconsiderando-se que o benefício não é eterno, podendo ser revogado a qualquer tempo, caso seja verificado que o beneficiário não preenche os requisitos necessários para sua concessão.

Elucida que o bloqueio sobre ativos financeiros, por si só, constitui prova de mudança do estado de necessidade.

Ainda, considerando-se o decurso de prazo para impugnação, configurando-se o trânsito em julgado, alega que de forma absurda, foi condenada a pagar honorários ao devedor negligente. Requer seja excluída a condenação.

Pugna pela concessão da gratuidade da justiça, eis que vigora a seu favor a presunção *juris tantum* de que não pode suportar as despesas e sucumbências do processo, assim como o preparo.

Acesso ao Sumário

Recurso respondido.

Determinada a comprovação de hipossuficiência, foi recolhido o preparo.

É o relatório.

Trata-se de execução de honorários advocatícios impostos em favor da apelante, em ação de rescisão contratual c/c indenização, julgada improcedente, na qual atuou em favor de um dos requeridos, para satisfação do crédito de R$ 16.706,34.

Intimado, o executado não realizou o pagamento, tampouco apresentou impugnação.

Houve o bloqueio judicial sobre ativos financeiros do devedor, na quantia de R$ 7.898,84.

O executado apresentou impugnação, alegando má-fé, pela falta de instrução do incidente com cópia do julgado, o que possibilitaria a análise de circunstância que atinge a pretensão executória.

A tese foi acolhida em parte, reconhecendo condição suspensiva para execução dos honorários e julgar extinta a execução, com condenação nas sucumbências, sem prejuízo de determinar o desbloqueio.

A sentença está correta.

Mesmo que se desconsidere a peça do executado como impugnação, já decorrido o prazo para tanto, há notícia de caráter processual, eis que nos termos da lei, a execução de sucumbências somente é possível mediante prova da modificação financeira do beneficiário da justiça gratuita (art. 98, § 3º do CPC).

Irrelevante que tenha protocolado mera petição, eis que a exequente acompanhou o trâmite como cumprimento de sentença, ensejando, inclusive, a seu pedido, o bloqueio de valores.

Embora não se tenha aguardado o prazo deferido para manifestação da interessada, certo é que outro desfecho não seria possível, porque inequívoco que a credora não promoveu qualquer ato de pesquisa quanto a situação econômica do devedor, mantendo-se silente quanto ao benefício concedida à parte, que obstaria desde o início a imediata execução de honorários.

Ademais, nos termos do 3º enunciado aprovado pelo ENFAM sobre a aplicação do CPC, "É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa".

No mérito, é fato incontroverso que o requerido obteve a concessão da justiça gratuita em acórdão prolatado por este Colegiado, e a informação não constou da petição que deu início à execução.

Ausente expressa revogação do benefício, todos os atos processuais, inclusive dos incidentes posteriores, estão acobertados pela benesse.

O argumento de que o bloqueio e valor por si só comprova modificação

Acesso ao Sumário

da capacidade econômica é equivocado. Nos termos do artigo 98, parágrafo 3º do CPC, no prazo de 05 anos enquanto suspensa a execução das sucumbências, é ônus do exequente *demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.*

A demonstração exigida nos termos da lei foi suprimida pelo exequente, que executou de plano seus honorários, desconsiderando a inexigibilidade legal. Patente, pois, que inobservou o procedimento para viabilizar a execução do título.

Daí a extinção do incidente, com atribuição de honorários advocatícios ao patrono do devedor. Não se trata de beneficiar o devedor negligente, mas imputar ônus ao credor que indevidamente promove a execução que sabia estar sob condição suspensiva.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003881-63.2020.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é apelante C.A.A. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada B.D.C..

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 da parte ré e deram parcial provimento ao do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.060)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), ROSANGELA TELLES e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 12 de janeiro de 2023.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUE RESULTOU EM INVESTIGAÇÃO POLICIAL. ACUSAÇÕES PÚBLICAS FEITAS PELA PARTE RÉ. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO DA PARTE RÉ DESPROVIDO E PARCIAMENTE PROVIDO O

Acesso ao Sumário

DA PARTE AUTORA. 1.– O abalo é uma consequência inevitável da conduta da parte ré, presumindo-se a ocorrência do dano com a simples prova da imputação indevida de prática de infração penal e consequente investigação, não obstante o arquivamento posterior do inquérito policial, bem como as acusações públicas qualificando a parte autora como "ladrão". É possível depreender, sem grande esforço, que o autor, em razão do desenrolar dos fatos, suportou significativos dissabores que, como tais, reclamam a necessidade de indenização por dano moral. 2. – Configurado o dano moral, cabe ao juiz perquirir qual a sua extensão, para então fixar o "quantum" indenizatório. À míngua de uma legislação tarifada, deve o juiz socorrer-se dos consagrados princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que a quantificação não seja ínfima, a ponto de não se prestar ao desiderato de desestímulo dos atos ilícitos, indesejáveis e lesivos a outrem, nem exagerada a ponto de implicar enriquecimento sem causa. Tem, pois, caráter dúplice: serve de consolo ao sofrimento experimentado pelo ofendido e tem cunho educativo ao causador do dano, com a finalidade de que aja de modo a evitar novas vítimas e ocorrências semelhantes. Com estes elementos balizadores, conclui-se que a verba indenizatória fixada deve ser majorada para o importe de R$ 10.000,00.

VOTO

C.A.A. ajuizou *"ação indenizatória por danos morais"* em face de **B. D.C.**.

O douto Juiz de primeiro grau, por respeitável sentença de fls. 277/282, cujo relatório adoto, julgou os pedidos, nos seguintes termos: *"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, e o faço para condenar a parte requerida ao pagamento de R$ 5.000,00, a título de danos morais, à parte requerente, com incidência de juros legais de 1% ao mês além de correção monetária de acordo com a tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir desta data (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça). Em consequência, deverá a parte requerida*

Acesso ao Sumário

arcar com a taxa judiciária, as despesas processuais, com incidência de juros legais de 1% ao mês, além de correção monetária de acordo com a tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir de cada desembolso. Também condeno a parte requerida a pagar honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil. [...]".

Inconformados, ambos os polos contendores apelaram.

Em seu apelo, a parte autora aduz que o valor fixado para a indenização é insuficiente para a reparação do dano moral, especialmente considerando a gravidade dos atos ilícitos praticados pela parte ré contra sua honra e imagem, devendo ser majorada (fls. 287/297).

Em seu apelo, a parte ré aduz ter feito denúncia ao Ministério Público em razão da gravidade dos fatos praticados pela parte autora, os quais não se resumem *"apenas a um suposto e simples 'furto' de água, ou ocupação fortuita, aleatória e 'inocente' de área abandonada e repleta de lixo, conforme deseja o Apelado passar a idéia dissimulada de ser um 'ótimo' e simples 'zelador' da área".* De outro lado, a parte ré sempre teve comportamento exemplar no condomínio onde residem. Nega a humilhação diante dos moradores que a parte autora aduz ter sofrido. Tece críticas à má instrução e condução do inquérito policial, o que motivou o arquivamento pelo Ministério Público, razão pela qual foi a parte ré (não a autora) quem *"acabou por ser ridicularizada e humilhada".* Não estão presentes os requisitos para a responsabilidade civil, de modo que não resultou configurado o dano moral, devendo ser afastada a indenização fixada ou, subsidiariamente, reduzida para R$2.000,00 (fls. 301/314).

Em suas contrarrazões, a parte ré pugnou pelo improvimento do recurso da parte autora, reproduzindo, basicamente, as razões do apelo por si interposto para negar a ocorrência do dano moral alegado, razão pela qual não comporta a majoração pretendida (fls. 320/331).

A parte autora apresentou contrarrazões ao recurso da parte ré alegando que sofreu dano moral pela acusação de prática criminosa, por meio de denúncia às autoridades e perante outras pessoas. Assim, não há falar em redução da indenização fixada (fls. 339/341).

Os recursos são tempestivos. Foi devidamente preparado pela ré, sendo isento o do autor (beneficiário da gratuidade da justiça).

É o relatório.

O conjunto probatório consistiu em farta prova documental produzida pela parte autora (cópias do inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público em razão da denúncia da parte ré, ofícios expedidos pela prefeitura, notificações extrajudiciais do condomínio etc. – fls. 23/115) e parte ré (cópia de "denúncia" de próprio punho escrita endereçada ao Ministério Público

Acesso ao Sumário

– fls. 147/163; boletim de ocorrência da Polícia Militar com comunicação de furto de água – fls. 165/168; boletim de ocorrência da Polícia Civil – fls. 169; fotos do local – 171/187). Houve, ainda, instrução processual para produção de prova oral (depoimentos das testemunhas prestados em Juízo – fls. 245/246).

Sopesando as alegações das partes e os elementos dos autos, especialmente a prova documental juntada pela parte ré, restou comprovado o abalo moral provocado à parte autora pela ré, mediante imputação da prática de crimes, seja por acusações ao seu empregador, seja por denúncias às autoridades competentes (Ministério Público e Polícia), o que deu causa à instauração de inquérito policial para investigar a parte autora.

E conquanto a parte ré negue tê-lo acusado em público, a prova testemunhal foi uníssona no sentido que propalava essas acusações publicamente e qualificando a parte autora de "ladrão".

Some-se a isso sua "denúncia" escrita de próprio punho ao Ministério Público (fls. 147/163), na qual afirma que a parte autora *"utiliza-se também de ligação clandestina de água do nosso condomínio"* (fl. 149, item 9). E o qualifica, junto a outros, como *"pessoas 'meliantes' inescrupulosos, verdadeiros bandidos que merecem cadeia pelos crimes que estão cometendo contra pessoas de bem"* (fl. 162).

Ora, no que diz respeito à utilização de água e luz na área onde criados os animais, as testemunhas esclareceram que eram cedidos pelo proprietário do imóvel vizinho. Ou seja, não eram provenientes do Condomínio, o que a parte ré poderia facilmente averiguar antes de ofender a honra da parte autora, mormente considerando se tratar de "Policial Civil Aposentada" (fl. 147), denotando evidente má-fé em sua conduta.

Nesse contexto, são acertados os fundamentos da sentença para reconhecer a configuração do dano moral, merecendo destaque o seguinte excerto:

> A requerida nega que tenha feito acusações públicas ao autor, mas a própria prova que ela apresentou infirma sua negativa. A prova testemunhal confirma os fatos narrados pelo autor. Nos documentos apresentados nota-se que a requerida fez imputou a prática de crimes ao autor, em acusações feitas a seu empregador, além de denúncias às autoridades competentes, dando causa à instauração de procedimentos investigativos contra o requerente. Além disso, a prova oral confirma que a autora fazia essas acusações de forma pública e atribuía ao requerente a qualidade de "ladrão". É relevante salientar que, em sua defesa, a requerida afirma que suas denúncias não eram investigadas porque alguns moradores e os responsáveis pela administração do condomínio eram coniventes com a ocupação da área pública e o furto da água de que acusava o autor. Esse detalhe merece atenção porque, sem adentrar ao mérito da legalidade ou legitimidade dos administradores para ceder a água do condomínio ao autor, o fato é que, se isso acontecesse, não existiria furto

Acesso ao Sumário

de água. A requerida poderia, no máximo, questionar a responsabilidade dos administradores do condomínio, mas jamais acusar o autor de furto, porque nesse se a água era cedida, não há que se cogitar da ocorrência de furto. O furto pressupõe a subtração da coisa, o que, evidentemente, deve ocorrer sem o conhecimento e, principalmente, sem a anuência de seu proprietário ou possuidor. Esse detalhe basta para afastar a alegação de que a requerida poderia ter dúvida sobre a ocorrência do fato criminoso imputado ao requerente. Por fim, a prova dos autos informa que a água e a energia utilizadas pelo requerente no local não era do condomínio, mas era cedida pelo proprietário de um imóvel vizinho. Ainda que assim não fosse, nos termos do artigo 187 do Código Civil, acima transcrito, comete ato ilícito o titular de um direito que se excede manifestamente ao exercê-lo. Em caso de eventual suspeita, a autora teria o direito de requerer, reservadamente providências à administração do condomínio e de comunicar os fatos à autoridade competente para que fosse providenciada a devida investigação. Mas, como já mencionado, a autora, além de tomar essas providências, divulgou os fatos como certos e imputou publicamente ao autor a qualidade de ladrão, incorrendo em ato ilícito e ofendendo o autor em suas honra, tanto objetiva, maculando sua imagem pública perante seus empregadores, colegas e moradores do condomínio em que trabalhava, quanto subjetiva, ofendendo a identidade, ao julgamento que o autor faz de si mesmo, sua autoestima. Portanto, por ato ilícito, violou os direitos de personalidade do autor e causou dano moral. Portanto, estabelecida a responsabilidade da parte requerida, resta apenas fixar o quantum indenizatório. (fls. 279/282).

Bom dizer que o arquivamento do inquérito policial não afasta a responsabilidade civil da parte ré pela reparação do dano moral causado.

É inegável a repercussão que a imputação de infração penal pode provocar em qualquer pessoa, mormente no caso, em que houve apuração pelas autoridades competentes e a parte autora foi obrigada a responder a uma investigação policial e passar, inclusive, pelo constrangimento perante o empregador.

Assim, o abalo é uma consequência inevitável da conduta da parte ré, presumindo-se a ocorrência do dano com a simples prova da imputação indevida de prática de infração penal e consequente investigação, não obstante o arquivamento posterior do inquérito policial, bem como as acusações públicas qualificando a parte autora como "ladrão".

Acesso ao Sumário

É possível depreender, sem grande esforço, que a parte autora, em razão do desenrolar dos fatos, suportou significativos dissabores que, como tais, reclamam a necessidade de indenização por dano moral.

Reportando-se à lição de ZANNONI, MARIA HELENA DINIZ aponta que o dano moral "*... é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima de evento danoso, pois estes esta-*

dos de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano...". Além disso, *"...o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente..."* ("Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil", Ed. Saraiva, 18ª ed., 7ºv., c.3.1, p. 92).

GABRIEL STIGLITZ e CARLOS ECHEVESTI ensinam que, ao contrário do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca configurarão ("Responsabilidade Civil", pág. 243).

Na lição do ilustre Desembargador carioca SÉRGIO CAVALIERI FILHO, se o dano moral consiste na agressão à dignidade humana, não basta contrariedade, desconforto, mágoa, irritação ou aborrecimento para sua configuração, sob pena de sua banalização. O sentimento pessoal passível de indenização refogue à normalidade, causando especial sofrimento, vexame, humilhação e alteração efetiva do equilíbrio emocional da pessoa, tendo-se por paradigma não o homem insensível, mas também não o de extrema sensibilidade (cfr. TJRJ, Ap. Civ. nº 8.218/95).

Nesse sentido:

> [...] AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO ADEQUADA. PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DA CORRÉ FERREIRA E GOMES IMPROVIDO. 1. Caracterizado está o dano moral, pois a situação vivida pelo autor não se limitou a simples transtorno. Diante da peculiaridade do caso, o preposto da demandada submeteu-o a uma situação de sofrimento e humilhação ao imputar-lhe falsamente o cometimento de crime de apropriação indébita, o que caracterizou o dano moral. 2. A fixação da indenização deve ser feita de modo a permitir uma compensação razoável à vítima, guardar relação com o grau da culpa e influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta, mostrando-se adequada na hipótese. SUCUMBÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AMPLIAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA, EM RAZÃO DO IMPROVIMENTO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC. OBSERVAÇÃO EFETUADA. Por força do que estabelece o artigo 85, § 11, do CPC, uma vez improvido o recurso de apelação dos réus, daí advém a ampliação da verba honorária de sua responsabilidade, fixando-a em 10% do valor da causa para cada um deles. (TJSP; Apelação Cível 1064719-72.2017.8.26.0100; Relator (a): Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 31ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/10/2018; Data de Registro: 29/10/2018) Em prosseguimento, cabe a análise do *quantum* indenizatório.

Acesso ao Sumário

A dificuldade inerente a tal questão reside no fato de a lesão a bens meramente extrapatrimoniais não ser passível de exata quantificação monetária, vez que impossível seria determinar o exato valor da honra, do bem-estar, do bom nome ou da dor suportada pelo ser humano.

Não trazendo a legislação pátria critérios objetivos a serem adotados, a doutrina e a jurisprudência apontam para a necessidade de cuidado, devendo o valor estipulado atender de forma justa e eficiente a todas as funções atribuídas à indenização: ressarcir a vítima pelo abalo sofrido (função satisfativa) e punir o agressor de forma a não encorajar novas práticas lesivas (função pedagógica).

Tomando-se por base aspectos do caso extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais das partes, condições psicológicas e grau de culpa dos envolvidos o valor deve ser arbitrado de maneira que atinja de forma relevante o patrimônio do ofensor, porém sem ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Assim, considerando os aspectos supramencionados, não comporta acolhimento o pedido subsidiário da parte ré para redução da indenização. Pelo contrário, entendo que a indenização deve ser majorada, mas não para a importância indicada na petição inicial (não houve indicação do valor almejado no seu recurso), sendo apropriada sua elevação para R$ 10.000,00 (dez mil reais), pois esta quantia está em consonância com outros valores concedidos e mantidos por esta Câmara em casos análogos, corrigida a partir do presente arbitramento.

Confira-se:

APELAÇÃO. BEM MÓVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E REPARAÇÃO DE DANOS. RECONVENÇÃO. PREPARO RECURSAL. INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO. INTIMAÇÃO DA PARTE APELANTE PARA SUPRI-LO NO PRAZO DE 05 (CINCO) DIAS. ORDEM NÃO CUMPRIDA INTEGRALMENTE. COMPLEMENTAÇÃO INSUFICIENTE. DESERÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.007, "CAPUT", C.C. § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). RECURSO DO AUTOR-RECONVINDO NÃO CONHECIDO. Considerando que, após o indeferimento do pedido de gratuidade da justiça, o autor comprovou o preparo recursal em valor aquém do devido, o qual não foi integralmente complementado no prazo concedido, não obstante intimada a parte recorrente a suprir a insuficiência, impõe-se o decreto de deserção, com fundamento no art. 1.007, caput, c.c. § 2º, do CPC. APELAÇÃO. BEM MÓVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E REPARAÇÃO DE DANOS. RECONVENÇÃO. VEÍCULO PERTENCENTE AO PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE DE FATO. IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUE RESULTOU EM INVESTIGAÇÃO E APREENSÃO POLICIAL DO VEÍCULO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

Acesso ao Sumário

RECURSO DO RÉU-RECONVINTE PROVIDO EM PARTE. 1.– O abalo é uma consequência inevitável da conduta da parte autora, presumindo-se a ocorrência do dano com a simples prova da imputação indevida de prática de infração penal (apropriação indébita) e consequente investigação, não obstante o arquivamento posterior do inquérito policial. É possível depreender, sem grande esforço, que o réu-reconvinte, em razão do desenrolar dos fatos, suportou significativos dissabores que, como tais, reclamam a necessidade de indenização por dano moral. 2.– Configurado o dano moral, cabe ao juiz perquirir qual a sua extensão, para então fixar o "quantum" indenizatório. À míngua de uma legislação tarifada, deve o juiz socorrer-se dos consagrados princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que a quantificação não seja ínfima, a ponto de não se prestar ao desiderato de desestímulo dos atos ilícitos, indesejáveis e lesivos a outrem, nem exagerada a ponto de implicar enriquecimento sem causa. Tem, pois, caráter dúplice: serve de consolo ao sofrimento experimentado pelo ofendido e tem cunho educativo ao causador do dano, com a finalidade de que aja de modo a evitar novas vítimas e ocorrências semelhantes. Com estes elementos balizadores, conclui-se que a verba indenizatória deve ser fixada no importe de R$ 10.000,00. (TJSP; Apelação Cível 0015819-02.2013.8.26.0008; Relator (a): Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII – Tatuapé – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/05/2022; Data de Registro: 25/05/2022)

Por fim, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, devem ser majorados os honorários advocatícios do patrono da parte autora.

Ante o exposto, por meu voto (a) **nego provimento** ao apelo da parte ré; (b) **dou provimento parcial** ao recurso da parte autora para majorar a indenização sob a rubrica do dano moral para a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos da fundamentação; (c) **majorar** para 15% (quinze por cento) os honorários advocatícios do patrono da parte autora, conforme art. 85, § 11, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1131451-06.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IBOPE PESQUISA DE MÍDIA LTDA. (KANTAR IBOPE PESQUISA DE MÍDIA LTDA.), são apelados SIRLENE OLINDA DE SOUZA e HIALLEY DIOMAR GOUVIA SOUSA SANTOS.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47889)**

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

São Paulo, 2 de dezembro de 2022.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Direitos Autorais – Obrigação de fazer/não fazer – Réus que veiculam, em sua página no Twitter, dados sigilosos de audiência em tempo real de programas televisivos obtidos ilicitamente da base da autora – Legitimidade passiva da corré que, ao tempo do ajuizamento da demanda, era a titular da página na internet – Prova pericial que constatou o ilícito perpetrado pelos requeridos – Metodologia de coleta e seleção de dados de audiência que se enquadra da proteção da Lei nº 9.610/98 – Pedidos procedentes Sentença reformada – Apelo provido.

VOTO

Adotado o relatório de fls. 470/471, observa-se que pelo v. acórdão de fls. 477/481 foi dado provimento ao apelo da demandante, para o fim de anular a r. sentença de fls. 356/359 (declarada em fls. 367/368).

Tornando os autos à origem, foi realizada a prova pericial, vindo o respectivo laudo em fls. 586/665.

Sobreveio, então, a r. sentença de fls. 727/730, que reconheceu a ilegitimidade passiva da corré Sirlene Olinda de Souza e que julgou improcedentes os pedidos, condenando a autora ao pagamento das verbas sucumbenciais, fixada a honorária em 15% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

Pretende a demandante a reforma do *decisum*, com a procedência dos pedidos, afirmando, em síntese, a utilização e publicação indevida de dados obtidos em sua base relativos à audiência "real time" (minuto a minuto) de seus clientes e que somente deveriam ser acessados por eles, pois são objeto de contratos celebrados com cláusula de confidencialidade (fls. 733/764).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 770/778).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 784).

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, processa-se o apelo em seus regulares efeitos.

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

Segundo se verifica, a apelante ajuizou ação inibitória em face de Hialey Gouveia e de Sirlene Olinda de Souza objetivando a remoção do *website* (endereço eletrônico constante no texto original) e demais páginas nas redes sociais *Facebook* e TwIitter de dados confidenciais de audiência televisiva gerados pela autora (*real time*), sigilosos, não consolidados e de uso exclusivo dos contratantes.

A r. sentença além de reconhecer a ilegitimidade passiva da corré Sirlene, julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que o banco de dados do IBOPE está se insere na proteção da norma do art. 7º da Lei nº 9.610/98.

Pese o afirmado pelo e. juízo de primeiro grau, tem-se que o apelo comporta acolhida.

Por primeiro, cumpre afastar o reconhecimento da ilegitimidade passiva da corré Sirlene.

Quando do aforamento da demanda a corré Sirlene figurava como titular do *website* (endereço eletrônico constante no texto original) (fls. 84/85 e fls. 341/342), sendo certo que a posterior modificação de titularidade, em 30.05.2019, segundo se dessume, apenas visou à exclusão de responsabilidade, tangenciando a litigância de má-fé.

A propósito do tema, vale destacar a lição de Donaldo Armelin, para quem a legitimidade,

> "*(...) é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada pelo sistema jurídico e exigível, como é óbvio, em se tratando de negócios jurídicos multilaterais, de todos os seus participantes, qualquer que seja o pólo da relação jurídica em que se encontrem. Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurígenos*"[1].

Ademais:

> *Segundo a jurisprudência do STJ, "as condições da ação, incluindo a legitimidade ad causam, devem ser aferidas in status assertionis, ou seja, à luz exclusivamente da narrativa constante na petição inicial."*
>
> *(AgRg no AREsp n. 655.283/RJ, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/3/2015, DJe 18/3/2015).*

Por conseguinte, de rigor a permanência da corré Sirlene no polo passivo da lide.

No mérito, razão também assiste à autora.

Acesso ao Sumário

1 Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro - Ed, Revista dos Tribunais - São Paulo - 1979 - p. 11.

Indene de dúvidas que os apelados se utilizaram, sem a devida autorização, de dados sigilosos de audiência de programas televisivos, em tempo real, que são apenas disponibilizados aos contratantes.

Certo, ainda, que a medição da audiência de programas de TV é um dos serviços comercializados pela demandante, por meio de contratos com cláusula de confidencialidade (cf. fls. 55/68, notadamente cláusula 14 fls. 61).

Em seu depoimento, os demandados confirmaram a obtenção clandestina dos dados de audiência *real time* e que os publicaram antes mesmo da divulgação dos dados consolidados pela autora, em sua página na *internet*.

Conforme o explanado pela autora, os dados denominados "*real time*" são obtidos de 05 em 05 minutos, demonstrando a audiência de cada programa televisivo selecionado, de diversas emissoras e em horários determinados.

A divulgação de tais dados não é autorizada pela demandante, para a mídia brasileira, nos contratos celebrados, a fim de evitar concorrência indesejada entre as emissoras.

Demonstrou-se, nos autos, que a geração do dado "real time" exige a entrada na plataforma disponibilizada pela autora, por meio de *login* e senha, que são fornecidos a cada um dos contratantes individualmente.

A prova pericial comprovou a indevida divulgação dos dados real time no perfil dos demandados no *Twitter* (cf. fls. 658/660 e 663).

Por outro lado, a demandante apenas disponibiliza, em seu *site*, dados consolidados da audiência, isto é, dados relativos a 01 semana de apuração.

A vedação à divulgação dos dados de audiência, em tempo real, longe de caracterizar censura, visa, justamente, a respaldar o bom trabalho executado pela autora junto a seus clientes, divulgando dados estatísticos tratados e consolidados e constitui o regular exercício do direito estabelecido no art. 87 da Lei nº 9.610/98.

O experto, em resposta ao quesito 01 formulado pela autora, tratou de diferenciar os dados "*real time*" dos dados consolidados, nos seguintes termos:

> "*O sistema "Real Time" é um sistema projetado para prover dados preliminares de audiência domiciliar, minuto a minuto em tempo real, para clientes assinantes do produto.*
>
> *O "Consolidado" são dados de audiência domiciliar e individual definitivos, onde após o processamento das regras de edição e validação, são enviados aos clientes assinantes do serviço no dia posterior à medição.* (fls. 662)

Evidentemente, a conduta dos requeridos implica violação, por via transversa, da confidencialidade imposta nos contratos celebrados pela autora, o que, respeitado o entendimento externado na sentença, não pode ser aceito.

A divulgação dos referidos dados sensíveis pelos demandados constitui

Acesso ao Sumário

conduta ilícita, que deve mesmo ser coibida.

E como apurado pelo perito, em fls. 660:

"*Independentemente da forma como obtém os dados, a requerida está fazendo divulgação sistemática de informações e de dados do "Real Time" através do seu Twitter".*

Ora, se uma das principais atividades da demandante é a de fornecer, de forma organizada, tratada e consolidada, dados de audiência a seus clientes (emissoras de televisão), parece certo que não haveria razão plausível para a mantença dos contratos, na hipótese de obtenção desses mesmos dados independentemente da contratação dos serviços da autora.

Também é certo que os demandados têm plena ciência de que os dados sigilosos somente podem ser obtidos por meio de acesso à plataforma digital da autora, com a digitação do *login* e senha e, no caso, conseguiram obter, de forma desconhecida e ilícita, os dados privados e sigilosos.

Há nítida violação das normas dos artigos 7º, XIII e 87, ambos da Lei nº 9.610/98.

A autora tornou-se empresa nacionalmente reconhecida ao criar uma metodologia própria para a medição da audiência dos programas televisivos, por meio de ferramentas desenvolvidas para a geração de tais dados e, por conseguinte, criou seu nicho no mercado, oferecendo a seus clientes informações relevantes acerca de consumo, desempenho e investimento, possibilitando a tomada de decisões estratégicas pelos diversos contratantes.

Sem sobra de dúvidas, a demandante realizou criação intelectual ao estabelecer a forma de coleta e seleção dos dados de audiência, os quais são gerados manualmente pela plataforma denominada "Media Workstation".

O simples fato de, hodiernamente, utilizar-se de tecnologia para a obtenção das informações de forma mais rápida não tem o condão de afastar o trabalho intelectual da autora, até e porque o computador necessita de um programa desenvolvido pelo homem para coletar e organizar os dados.

Em suma, as informações fornecidas pela autora são por demais relevantes no negócio do entretenimento televisivo, apoiando toda a cadeia de decisões tomadas pelos diversos agentes que participam do negócio.

Por conseguinte, de rigor o acolhimento dos pedidos, para o fim de determinar a remoção dos conteúdos sigilosos da autora, obtidos de forma ilícita, no prazo de 05 dias contados da publicação do v. acórdão, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, bem como para determinar aos réus absterem-se de divulgar, em suas páginas na internet e em quaisquer redes sociais (Facebook, *Twitter* etc.) dados sigilosos, também sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Razoável, ainda, impor aos demandados a obrigação de publicar, em suas

Acesso ao Sumário

páginas na *internet*, de resposta elaborada pela autora dando ciência ao público, que deve ser esclarecido acerca dos fatos ocorridos, inclusive como forma de reparar integralmente os danos causados à demandante.

Em razão do ora decidido, inverte-se a sucumbência, cabendo aos réus o pagamento das respectivas verbas, fixada a honorária em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005888-32.2021.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante MAHIL IMÓVEIS LTDA., são apelados ANTONIO CANDIDO PIMENTA e FRANCISCO RIBEIRO DA SILVA.

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 55.437)**

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

São Paulo, 4 de dezembro de 2022.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMÓVEL URBANO. TESE DE DEFESA FUNDADA NA OCORRÊNCIA DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA EM FAVOR DOS RÉUS. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE DO COMPROVADO EXERCÍCIO DA POSSE PELOS RÉUS POR PERÍODO SUPERIOR A TREZE ANOS, CONSIDERADA, NO CASO DE UM DELES, A 'ACCESSIO POSSESSIONIS' ORIGINADA DA CESSÃO DE DIREITOS SOBRE A COISA. RESIDÊNCIA HABITUAL NO IMÓVEL, POR PARTE DE AMBOS, IGUALMENTE DEMONSTRADA, REDUZINDO A DEZ ANOS O PRAZO PARA A PRESCRIÇÃO AQUISITIVA (ART. 1.238 P. ÚN., DO CC). AUSÊNCIA DE PROVA, POR FIM, DE QUALQUER ATO DE OPOSIÇÃO À

Acesso ao Sumário

POSSE, EXERCIDA ININTERRUPTAMENTE PELOS DEMANDADOS. REQUISITOS DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA QUE, EM PRINCÍPIO, ENCONTRAM-SE PRESENTES. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA PETITÓRIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou improcedente ação reivindicatória ajuizada por Mahil Imóveis Ltda. em face de Francisco Ribeiro da Silva, Maria Aparecida da Silva e Antônio Candido Pimenta.

A autora sustenta ser coproprietária, na proporção de 30% e na qualidade de sucessora de Said Jorge Loteamentos S/C Ltda., do imóvel matriculado sob n.º 39.899, perante o CRI de Sumaré/SP. Diz que os réus encontram-se a ocupá-lo, sem justo título, exercendo posse clandestina. Pleiteia, portanto, sua imissão na posse do lote e, consequentemente, a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelo tempo de ocupação indevida - declarando-se, ainda, a perda de eventuais edificações ou benfeitorias.

O Juízo (fls. 247/250) observou que, de fato, a requerente demonstrou ser coproprietária do bem - titulado em favor de Puche Loteamentos S/C Ltda. e de Said Jorge Loteamentos S/C Ltda., esta última tendo sido objeto de incorporação pela autora. Ponderou, por outro lado, que o corréu Francisco Ribeiro da Silva não apenas exibiu compromisso de compra e venda do lote, em seu favor, datado de 2003, como ainda demonstrou que ocupa o imóvel ao menos desde 2005, sendo, desde aquele momento, responsável pelo pagamento dos tributos incidentes e das respectivas contas de consumo. Ponderou, ainda, ter sido evidenciada a posterior cessão - conquanto não formalizado o desmembramento - de 50% dos direitos sobre o lote ao corréu Antônio Candido Pimenta, a quem aproveita, para semelhante fins de usucapião e por *accessio possessionis*, o tempo pregressamente já exercido pelo outro requerido. Considerou, por fim, que a autora, enquanto coproprietária tabular, só diligenciou em defesa de seu direito sobre a coisa no ano de 2016, ao ajuizar primeira ação reivindicatória - que foi extinta, todavia, sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual, uma vez que naquele momento ainda não averbara, na respectiva matrícula, a sua qualidade de sucessora da anterior proprietária (Said Jorge Loteamentos S/C Ltda.), objeto de sua incorporação. Assim, considerando demonstrado o exercício de posse *ad usucapionem* pelos requeridos por mais de 13 anos até que interpelados (superiores aos dez anos reclamados pelo art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil), acolheu a exceção de usucapião por eles arguida e

Acesso ao Sumário

rejeitou o pedido reivindicatório - dando por prejudicados, consequentemente, aqueles de indenização sucessivamente formulados. Com tal conclusão, julgou improcedente a demanda.

Inconformada, a requerida apela (fls. 253/265), pugnando a inversão do julgado. Diz, para tanto, que - ao contrário do que entendeu a r. sentença - o exercício de posse longeva *ad usucapionem* pelos requeridos não restou minimamente comprovada, pelo que a defesa por eles arguida deveria ter sido rechaçada. Aduz que os requeridos evidenciaram nada mais que o pagamento, em nome próprio, de despesas tributárias e de contas de consumo relativas ao imóvel, o que nem de longe induz à presunção de que, já naquele momento, exerciam posse com ânimo de se tornarem proprietários. Salienta que sequer a moradia habitual no imóvel foi por eles demonstrada, de modo que, a rigor, o prazo aplicável ao reconhecimento da prescrição aquisitiva era de quinze anos, a teor do *caput* do artigo 1.238 do Código Civil. Lembra, igualmente, que já no ano de 2012 ajuizou ação reivindicatória em defesa de sua posse - de sorte que, na melhor das hipóteses, apenas 9 anos (de 2003 a 2012) terão transcorrido, sem oposição. Aduz, finalmente, que a r. sentença desconsiderou também a origem da posse do corréu Antônio Candido, sem qualquer relação de continuidade com aquela exercida pelo outro demandado, inviabilizando assim a referida *accessio*. Conclui pela reforma.

Processado o recurso (fl. 270), vieram aos autos contrarrazões (fls. 273/278).

É o relatório.

2. Cuida-se de demanda reivindicatória ajuizada por proprietária registral de imóvel urbano em desfavor dos ocupantes do bem. Julgado integralmente improcedente o pedido ante o reconhecimento da incidental da usucapião do imóvel pelos requeridos, sobreveio o presente recurso de apelação, que não merece acolhida.

Isso porque, como bem comprovaram os corréus, a área reivindicada pela autora fora adquirida, a título particular, dos antigos proprietários do imóvel atualmente no domínio da demandante, 25 de agosto de 2003, mediante contrato de compromisso de compra e venda do bem (fls. 87/88).

Rememore-se, de toda sorte, que, por força do artigo 1.238, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, que enuncia os requisitos para a usucapião extraordinária, esta requer a posse pacífica e ininterrupta do imóvel, e com ânimo de dono, pelo prazo de dez anos (se nele o possuidor houver estabelecido a sua moradia habitual), *independentemente de título e de boa-fé*.

O *animus domini*, por sua vez, restou mais do que comprovado mediante os comprovantes de quitação dos tributos incidentes no imóvel, bem assim das despesas com contas de consumo (fls. 161/185). A permanência da residência

Acesso ao Sumário

dos corréus no imóvel em testilha, ademais, é igualmente evidente - dado que a própria citação, por carta, de ambos deu-se no respectivo endereço (fls. 63/64).

Tal posse, assim, além de ininterrupta - não a interrompendo, ao contrário do alegado, o simples ajuizamento de ação reivindicatória em 2012, já que a própria autora admite ter dela desistido e pleiteado a sua extinção antes mesmo de que fossem citados os ocupantes - era também pacífica, não havendo nos autos qualquer notícia de que a posse dos réus haja sido contestada pela autora antes do ajuizamento da segunda ação reivindicatória em 2016 (quando, como bem anotou a sentença, já se tinham completado 13 anos de exercício de posse *ad usucapionem* pelos demandados).

Por fim, nada trouxe a apelante a infirmar a *accessio possessionis* - já que a propalada ausência de continuidade entre as posses de Francisco e Antônio não frutifica, ante a demonstração do encadeamento das sucessivas transmissões de direitos sobre a coisa, tendo como interposto cedente/cessionário a pessoa de Saulo Augusto de Souza (fls. 119/121 e 126/128).

Aliás, segundo o escólio de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO (*op. cit.*, p. 1.174):

> "***As posses a serem somadas devem ser contínuas, sem interrupção ou 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.***"

Nessa perspectiva, presentes os pressupostos para o reconhecimento, em tese, da usucapião, forçosa era mesmo a improcedência do pedido reivindicatório formulado.

Frise-se, por derradeiro, que qualquer discussão acerca da existência de justo título é, inicialmente, baldia, visto que os requisitos para a aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária, que desse requisito prescinde, estão presentes. Nem se olvide que o justo título é aquele que, em tese, seria apto à transmissão da propriedade, ainda que, no caso concreto, esteja inquinado por alguma causa de invalidade que impossibilite tal transmissão. A mera invalidade do título, assim, não seria suficiente para retirar-lhe a qualidade de justo título para fins de usucapião. No caso presente, portanto, dispensável era tal requisito.

O exercício de posse injusta por parte dos requeridos tampouco restou demonstrada pela autora, que, nesse sentido, não logrou demonstrar, como lhe incumbia por força do artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, que a posse dos réus fosse violenta, clandestina ou precária, antes de eventual convalescimento.

Ao que se percebe, pelo contrário, se trata de posse justa e, portanto, apta

Acesso ao Sumário

a ensejar a usucapião.

Por fim, lembre-se que, embora, nos termos do já vetusto enunciado nº. 237 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a usucapião possa ser arguida em defesa, de sorte a ensejar a improcedência da ação reivindicatória, a mera improcedência da ação reivindicatória não declara os réus proprietários do imóvel, que, para verem reconhecida a usucapião do bem, deverão manejar a ação própria para tanto. Não se perca que a ação de usucapião possui rito especial, com necessidade de individualização do imóvel e de citação pessoal dos confinantes, de sorte que seu reconhecimento incidental na ação reivindicatória apenas se presta a sua improcedência. Nesse sentido:

> "***Reivindicatória. Alegação de usucapião como matéria de defesa. Cerceamento de defesa não caracterizado. Terreno ocupado subdividido em vários lotes inferiores a 250m². Entendimento dos arts. 183 da CF e 1240 do CC. Improcedência do pedido que não implica atribuição do domínio do bem aos réus. Ação de usucapião que tem rito próprio e não prescinde da citação dos confrontantes e da perfeita identificação do imóvel. – Sentença reformada. Recurso dos réus provido, improvido o dos autores.***" (TJSP – Apelação n. 9183967-90.2003.8.26.0000 – Rel. Des, Caetano Lagrasta – 8ª Câmara de Direito Privado – Diadema – j. em 28.04.2010)
>
> "***Reivindicatória. Princípio do livre convencimento do Juiz. Conjunto probatório suficiente para o acolhimento da exceção de usucapião. A sucessão na posse não se confunde com a sucessão decorrente da morte. Notificação realizada após a consumação da prescrição aquisitiva, Aplicação do art. 183 da CF/88. A alegação de usucapião como matéria de defesa não precisa ser feita por meio de reconvenção porque se presta a impedir a reivindicação, mas não é possível o reconhecimento da usucapião que tem rito próprio e não prescinde da citação dos confrontantes e perfeita identificação do imóvel para posterior registro imobiliário. Jurisprudência deste E. TJ/SP. Decisão acertada. Recursos improvidos.***" (TJSP – Apelação n. 9160230-82.2008.8.26.0000 – Rel. Des. Maia da Cunha – 4ª Câmara de Direito Privado – São Paulo – j. em 18.12.2008)

Em resumo, nada a alterar.

Com o resultado, mantém-se a sucumbência a cargo da autora, que deverá arcar com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios sucumbenciais, majorados, com fundamento no § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, para R$ 3.000,00.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0234165-08.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IGESP SA CENTRO MÉDICO E CIRURG INST GASTROENTEROLOGIA SP, é apelada MARCIA MARIA ZANETTE MOLHA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Allan Paulino Voijtila", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.680)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Ação de indenização por danos materiais e morais. Alegação de erro médico. Sentença de parcial procedência, fixando a indenização em 100 salários mínimos. Inconformismo do hospital réu. Descabimento. Cerceamento de defesa não configurado. Decisão baseada no laudo pericial que atestou a culpa médica. Responsabilidade subjetiva do médico e objetiva do hospital. Dever de indenizar. Valor fixado com razoabilidade em razão do desfecho morte. Sentença mantida. Honorários sucumbenciais recursais fixado. Recurso improvido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 878/891, complementada à fl. 899, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação movida por Marcia Maria Zanette Molha em face de Igesp SA Centro Médico Cirúrgico Gastroenterologia e Fernando Antonio Gaya Solera em razão de erro médico, condenando os réus a pagar à autora indenização por dano moral no valor equivalente a 100 salários mínimos.

O Hospital corréu apela e pugna pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 902/921.

Recurso tempestivo e respondido às fls. 933/935.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação indenizatória movida por Marcia Maria Zanette Molha em face de Igesp SA Centro Médico Cirúrgico Gastroenterologia e Fernando Antonio Gaya Solera através da qual busca ressarcimento por falha na prestação de serviços médicos prestados pelos corréus e que culminou no falecimento de sua genitora Maria de Lourdes Zanette.

Narra a autora que sua mãe apresentava quadro de artrose, razão pela qual se submeteu a ato cirúrgico no joelho direito para a colocação de prótese, o que ocorreu aos 23/11/2007 no Hospital requerido, tendo por cirurgião o corréu, Dr. Fernando.

Diz que após o procedimento, conversou com familiar e foi encaminhada para Unidade de Terapia Intensiva; relata que o dreno permaneceu no joelho direito até o 5º dia pós-operatório, quando recebeu alta. Nada obstante, a perna da paciente inchou e seu quadro evoluiu para choque séptico e óbito.

Após regular tramitação do feito, com realização de prova pericial (laudo acostado às fls. 760/770 e 771/778, complementado às fls. 819/824), a ação foi julgada parcialmente procedente, contra o que se insurge o nosocômio.

Alega, inicialmente, cerceamento de defesa pela não manifestação do perito oficial à impugnação apresentada. Alega que alguns pontos não foram esclarecidos pelo expert, em especial, o uso do dreno para situações como a da paciente, com débito superior a 50ml/dia; afirma que o hospital ministrou para paciente antibióticos de amplo espectro a fim de aumentar a atuação e tentar conter a infecção presente; afirma, por fim, que o evento morte decorreu do estado clínico da paciente.

Requer que a ação seja julgada improcedente ou que se proceda à realização de novo laudo, ou, finalmente, que o montante da redução seja reduzido em atendimento aos termos da razoabilidade e proporcionalidade.

Sem razão, contudo.

Incontroverso que a causa da morte da paciente foi o choque séptico em pós-operatório de cirurgia para colocação de prótese no joelho, ocorrida nas dependências do hospital requerido.

Acesso ao Sumário

No caso vertente, a responsabilidade do hospital e do plano de saúde dependia da prova da culpa dos profissionais que atenderam o apelado, pois, não obstante a responsabilidade da operadora e do hospital seja objetiva, esta depende do prévio reconhecimento da conduta culposa dos médicos, que por serem profissionais liberais possuem responsabilidade subjetiva, dependendo, então, da verificação de culpa, nos termos do §4º do art. 14, do CDC.

A responsabilidade civil subjetiva, por sua vez, exige prova da ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, dano e nexo de causalidade.

Aplica-se ao caso a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC. Nesse sentido, ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MA-

RIA DE ANDRADE NERY em comentário ao art. 14 do CDC: "*O ônus da prova da regularidade e correlação na prestação do serviço deve ser, de ordinário, carreado ao profissional liberal. A ele compete provar que agiu corretamente, dentro da técnica de sua profissão e que não causou dano ao consumidor. Incide, na hipótese, o CDC 6º VIII*" ("Leis Civis Comentadas", 2ª edição, Editora RT, 2010, pág. 277).

E, como bem assinalado na sentença, desse ônus as apelantes não se desincumbiram, eis que a perícia foi contundente e segura ao concluir acerca da ocorrência de falha no serviço médico prestado.

O esclarecimento prestado pelo expert na complementação ao laudo a fls. 819 e ss bem esclarece o ponto que, para o nosocômio, apresenta-se omisso, é dizer, em relação ao tempo de uso dos drenos, o apelante "[...] *registra controvérsia quanto a utilização ou não de dreno de sucção bem como ao seu período, apresenta justificativa, sendo que tem- se que a maior parte da literatura médica recomenda seu uso até no máximo 72 horas do procedimento*", concluindo que: "[...] *conforme literatura médica consultada (descrita acima) a existência de débito pelo dreno, por si só. Não é justificativa para a manutenção do mesmo período de cerca de seis dias; sendo que mas referências de fl. 696 consta artigo do ano de 1961, sendo, conforme entendimento, desatualizado, sendo que o outro artigo informado pela parte requerida registra como resultado ausência de benefício quando da utilização de drenos*", não identificando de forma clara justificativa para manutenção do dreno de sucção por seis dias, sendo que o perito, conclui afirmou, de forma categórica: "***tal fato aumenta o risco/incidência de infecções***" (fl. 765, g.n.).

Com efeito, há registros de leucopenia nos dias 24/11/2007 e 26/11/2007, com introdução de ciclofaxina aos 26/11/2007 e ausência de investigação etiológica e/ou descrição clara e precisa de justificativa para acréscimo de mais um antibiótico; ainda, a corroborar a falha na prestação de serviços médicos, destacou-se o i. perito que a presença de pessoa não capacitada na sala cirúrgica não se justifica em se tratando de cirurgia eletiva de grande porte, a qual demanda auxílio por pessoa médica/habilitada.

Concluiu o expert que: "*A qualidade da assistência médica prestada contribuiu desfavoravelmente para o quadro apresentado, sendo estabelecido o nexo causal*" (fl. 766).

Nesse passo, o i. sentenciante bem afastou a impugnação genérica ao trabalho de perícia, como se verifica: "[...] *Em se tratando de trabalho bem elaborado e suficientemente justificado, embasado no exame da documentação dos autos, o laudo pericial deve ser adotado como razão de decidir da matéria técnica aqui tratada.*

Está claro, portanto, que os réus não tomaram as providências necessá-

Acesso ao Sumário

rias e suficientes para evitar a contaminação da Sra. Maria de Lourdes Zanette, genitora da autora, não podendo subsistir a tese de que os réus teriam adotado todas as providências cabíveis quanto à infecção hospitalar.

De rigor, portanto, o reconhecimento do nexo de causalidade entre a conduta das requeridas e o dano, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do consumidor, gerando responsabilidade objetiva do hospital e subjetiva do médico Dr. Fernando Antonio Gaya Solera e o dever de indenizar.

A responsabilidade pessoal do profissional liberal ficou demonstrada pelo expert, que concluiu que a manutenção do dreno de sucção por seis dias aumentou o risco de infecção hospitalar, não havendo justificativa para tal procedimento. Acrescentou que a maior parte da literatura médica recomenda sue uso até no máximo 72 horas do procedimento (fls. 719/724) e que a Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia e o Colégio Brasileiro de Radiologia não recomendam o uso de drenos após cirurgia de artroplastia do joelho.

Dessa forma, verifica-se que o médico Dr. Fernando Antonio Gaya Solera agiu com imperícia e negligência no tratamento da paciente, causando a ocorrência da infecção hospitalar e, consequentemente, o óbito.

A jurisprudência tem reconhecido a responsabilidade di hospital e do médico responsável em caso de infecção hospitalar que não pode nem deve ser tida como mero caso fortuito" (fls. 886/887).

Conclui-se, pois, que a perícia foi adequadamente elaborada, contendo fundamentação clara e suficiente o bastante para ensejar o deslinde da demanda, não se vislumbrando em seu conteúdo nenhum motivo ou dúvida capaz de justificar nova perícia ou complementação da realizada. O laudo pericial não pode ser considerado imprestável tão somente porque é contrário aos interesses das corrés.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, que dispõe: *Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.*

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp. nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534 DF, 4ª Turma, Rel.

Acesso ao Sumário

Min. FERNANDO GONÇALVES, j. de 1.12.2003).

Assim, demonstrados nos autos a culpa no atendimento médico, o nexo de causalidade entre a conduta do profissional e os danos experimentados pelo apelado, de rigor o dever de indenizar.

Quanto à fixação da verba indenizatória devida por dano moral, deve o julgador dosá-la dentro do princípio da prudência, do equilíbrio e da razoabilidade, à luz das peculiaridades de cada caso, notadamente em função dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão.

A propósito da quantificação do dano moral, alerta Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra, Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva 2007, volume IV, pag. 377:

"*O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula "danos emergentes - lucros cessantes", a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor.*

Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado".

Aliado aos critérios de julgamento deve-se sempre buscar no bom senso e na razoabilidade esteios para o arbitramento desta medida.

Não existe parâmetro legal para o arbitramento do dano moral, o juiz deve observar, no momento da fixação, o comportamento da vítima, o grau de culpabilidade do ofensor, os efeitos do ato lesivo e a condição econômica de ambas as partes, de modo que o ofensor se veja punido pelo que fez e compelido a não repetir o ato, e a vítima seja compensada pelo dano sofrido, sem, ultrapassar a medida de compensação, sob pena de provocar seu enriquecimento sem causa.

No caso, não se mostra exorbitante o valor arbitrado em 100 salários mínimos, ante o desfecho morte, razão pela qual fica mantido.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados, para evitar inútil e desnecessária repetição (art. 252 do RITJSP).

Por derradeiro, cabe-nos majorar em 5% os honorários sucumbenciais fixados anteriormente, a serem pagos aos advogados da parte autora, totalizando o percentual de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do §11 do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1082321-71.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DISCOVERY NETWORKS BRASIL, é apelado SIDNEY CARLOS LILLA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Dispensada a sustentação oral.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2022/41542)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente), PASTORELO KFOURI e FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

MIGUEL BRANDI, Presidente e Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS e MORAIS – Direito autoral – Alegada exibição de obra audiovisual dublada pelo autor, supostamente sem sua autorização, violando seus direitos conexos, ausente, ainda, a exibição dos créditos ao final das obras – Ação julgada procedente em parte – Insurgência da requerida – Preliminar – Impugnação à assistência judiciária – Acolhimento – Autor que já ajuizou mais de trezentas ações na Justiça Bandeirantes com pleitos idênticos, envolvendo partes distintas – Autor que age como litigante habitual, escorando-se na assistência judiciária para deduzir suas pretensões, conduta temerária que afronta a boa-fé processual – Mérito – Alegação que não houve qualquer afronta a direito do autor – Cabimento – Autor que prestou serviços de dublagem como membro de empresa contratada para a produção audiovisual trazida a debate– Parte que é profissional experimentado, conhecendo, portanto, a finalidade do seu trabalho, que visa inevitavelmente à comercialização – Ausência de prova de qualquer deliberação prévia ou ressalva, pelo autor/apelado, sobre a utilização das obras – Anuência implícita da comercialização da obra, que é da essência de sua atividade – Configuração de "*venire contra factum proprium*" – Alegação que não houve exibição

Acesso ao Sumário

dos créditos – Ausência de prova de que a empresa de dublagem não colocou os créditos ao final – Precedentes desta Corte – Parte que deduziu pretensão ciente de que é destituída de sentido – Litigância de má-fé configurada – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação, interposta contra a sentença de fls. 501/505, pela qual restou julgada procedente em parte a ação de indenização por danos morais ajuizada pelo apelado em face da apelante, para condenar a ré: "1) a pagar ao autor o valor de R$ 20.000,00 a título de indenização por danos morais, com correção monetária desde a data da publicação deste sentença e juros moratórios de 1% ao mês desde o evento danoso; e 2) na obrigação de fazer consistente em, no prazo improrrogável de 30 dias constados do trânsito em julgado desta sentença, publicar em jornal de grande circulação desta capital paulista, a ser oportunamente definido, com destaque (página inteira) e por três vezes consecutivas, a informação de que o autor dublou o personagem 'Marcos Reinoso' no seriado 'História de Ovnis – Chupa Cabras', fazendo expressa referência a seu nome, sob pena de fixação de multa diária". Condenou a requerida/apelante, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Embargos declaratórios opostos pela requerida às fls. 508/515, rejeitados pela decisão de fls. 516,

Inconformada, apela a requerida (fls. 519/543), impugnando, em princípio, a concessão da assistência judiciária, pois o autor, apelado "possui 212 processos em trâmite contra a apelante e demais empresas do setor audiovisual, demonstrando que se trata de um litigante profissional, que abandonou a carreira de dublador para locupletar no Judiciário indevidamente e às custas das referidas companhias".

No mérito, defende que o apelado não demonstrou o fato constitutivo do seu direito, a saber, "não era incumbência da Discovery Brasil trazer aos autos a prova de que o apelado havia, de fato, cedido todos os seus direitos autorais e conexos para a veiculação e exibição da obra sem qualquer reflexo econômico futuro", pois a parte "recebeu os serviços de dublagem de terceiro já com todas as licenças e autorizações, conforme evidenciado à exaustão". Nesse sentido, "a não apresentação pelo apelado de quaisquer documentos que instituam limitação à utilização de sua voz, por implicação direta do Art. 81 da Lei de Direitos Autorais, faz presumir a autorização para exploração econômica - sendo irrelevante aduzir, conforme se fez na r. sentença que a exibição da obra audiovisual

Acesso ao Sumário

se deu 'em nítido proveito econômico da ré', até porque isso é natural à própria atividade que desempenha".

Reforça que "a autorização para sincronização da dublagem na obra audiovisual implica necessariamente na autorização para a sua exploração econômica, o que autoriza a prática da exibição pública, posto que nenhuma obra audiovisual é feita para não ser exibida, não havendo o que se falar em indenização ao apelado". Pontua que o autor atuou como dublador por mais de 20 anos, "não podendo apenas agora alegar que jamais concedeu autorização para que fosse utilizada a sua voz em obras audiovisuais com fins econômicos", razão porque "seria de rigor que o próprio apelado trouxesse aos autos o contrato que celebrou junto à empresa de dublagem quando da realização do serviço, demonstrando que não havia autorizado a veiculação/exibição da obra objeto do feito".

Assevera, ainda, que "todo ajuste sobre o trabalho desenvolvido pelo dublador é acordado diretamente com o estúdio de dublagem, no ato da contratação do profissional, razão pela qual é imprescindível que o apelado tivesse juntado seu contrato com o estúdio" em questão (DPN - SANTOS), recebendo dele por todos os serviços prestados, "sendo certo que o apelado não só autorizou o estúdio de dublagem a captar sua voz, como também a reexibição da obra (inclusive para exibição em televisão) - portanto, cedeu seus direitos autorais, caso existam, no momento em que efetuou a dublagem e recebeu um valor por ela, porque sabia que estava embutida a sua utilização".

Assim, inexistindo qualquer espécie de direitos conexos para com a requerida/apelante, são inexigíveis valores a qualquer título da requerida apelada, tampouco a obrigação de fazer a ela imposta, consistente na publicação da informação quanto à dublagem a ser realizada. Invoca diversos precedentes que esposariam de seu entendimento. Pugna pelo provimento do recurso, com o acolhimento da impugnação à assistência judiciária concedida ao autor/apelado e, no mérito, pede a improcedência da ação.

Contrarrazões apresentadas às fls. 549/562.

Este recurso chegou ao Tribunal em 29.06.2022, sendo a mim distribuído livremente em 05.07 (fls. 564), com conclusão final em 06.10 (fls. 609). Estudo e voto concluídos em 01.11.

Breve relato.

O recurso merece provimento.

De se acolher, inicialmente, a impugnação à assistência judiciária concedida ao autor/apelado; tal como adiantei em meu despacho de fls. 567/569, enfrentei outros casos envolvendo o interessado, com pleito idêntico dirigido a empresas diversas, e o grande número de ações aforadas pela parte não pode ser ignorado. Tanto é que, em uma das últimas vezes diante dessa questão (processo nº 1096766-31.2019.8.26.0100), referendei não somente a manutenção da

Acesso ao Sumário

sentença pela improcedência da ação, mas a própria condenação do autor por litigância de má-fé por abuso de direito à assistência judiciária, tendo a Turma Julgadora majorado a multa aplicada na origem.

Oportunizada ao autor/apelado a apresentação de documentos que comprovassem sua alegada hipossuficiência, ela se deu às fls. 587/588, com os documentos de fls. 589/608, os quais, contudo, não comprovam o alegado "depauperamento das finanças do Requerente", especialmente porque não explicam a verdadeira cruzada judicial empreitada pelo autor (há mais de trezentas ações neste Judiciário com a mesma pretensão), que não se manteriam sem a assistência judiciária - a benesse é casuística e pontual, não podendo ser utilizada como salvaguarda para, com indevido apoio no acesso à Justiça, evitar as consequências de eventuais derrotas enfrentadas pela parte, de sorte que a conduta do autor, que se comporta como litigante habitual, é temerária, incorrendo a parte em abuso do direito de ação, agindo, pois, em litigância de má-fé, nos termos do art. 77, inciso I, porque formula pretensão ciente de que é destituída de fundamento, como se verá.

No mérito, o recurso merece provimento.

Como já dito, trata-se de ação e de autor já conhecidos não só desta Câmara, como desta Corte, que na grande maioria das vezes, teve sua pretensão malograda.

Reconhece o autor/apelado que atua como dublador profissional, há mais de 20 anos, sendo, portanto, pessoa experimentada no ofício e em seus tramites. Reconheceu que dublou o personagem por integrar, à época, o *cast* da empresa de dublagem.

Nesse simples contexto, não é crível, por qualquer ângulo que se analise a questão, que ao prestar esse serviço, não estava o autor ciente que seu trabalho se destinaria à veiculação da obra dublada pela televisão - sua anuência, na verdade, é presumida, já que houve concordância em realizar o trabalho previamente ciente da sua finalidade última sem, à época, fazer qualquer exigência prévia à divulgação, somente ajuizando sua pretensão em setembro de 2020 sobre trabalho que foi exibido em setembro de 2017 pela requerida/apelante.

O autor, ademais, não se desincumbiu do ônus que lhe era exclusivo, de demonstrar sua desautorização do uso comercial da película com seu trabalho de dublagem, ou qualquer outra espécie de ressalva quando da pactuação do serviço, o que igualmente reforça sua anuência implícita ao que era a finalidade do trabalho.

Seu comportamento, à evidência, insere-se no chamado *venire contra factum proprium*, brocardo latino que se refere à vedação, no direito, de dois comportamentos contratuais lícitos em si, mas que, diferidos no tempo, tem o primeiro contrariado pelo segundo, ação que fere o princípio da boa-fé objetiva,

Acesso ao Sumário

tanto contratual, como aqui, a processual.

Assim o entendimento quase unânime desta Corte em casos correlatos:

"*Apelação. Direitos Autorais. Indenização por danos morais e materiais. Alegação de exibição não autorizada de obra audiovisual pela ré, com a dublagem de personagem pelo autor, sem supostamente haver autorização, violando direitos autorais conexos do dublador. Cerceamento de defesa não configurado. Única prova pertinente ao julgamento é a documental. Nulidade afastada. Alegação do autor de inexistência de instrumento de autorização, cessão ou qualquer outra forma de alienação da fração patrimonial de seus direitos sobre a interpretação e dublagem. Autor, ao efetuar o serviço de dublagem, consentiu com a comercialização da obra. Ausência de comprovação da comercialização indevida da obra final. Não incidência da alteração introduzida pela Lei n. 12.091/09. Precedentes seriados e reiterados deste E. Tribunal de Justiça. Sentença de improcedência mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP). Mantida revogada a gratuidade de justiça da parte autora. Recurso desprovido*" (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1085661-23.2020.8.26.0100, Rel. Piva Rodrigues, j. 11.05.2021);

"*DIREITO AUTORAL. DUBLAGEM DE FILME. Ação ajuizada por dublador profissional visando o recebimento de indenizações por danos morais e materiais decorrentes de retransmissão de filme no qual atuou como dublador. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Questão que não é nova neste E. TJSP. Autor que já ajuizou inúmeras outras demandas requerendo indenizações pelas transmissões de filmes nos quais atuou como dublador. Não apresentação do contrato firmado com a tomadora do serviço que impede a análise dos termos em que se deu a autorização para uso da voz. Ônus que era do autor (art. 333, I, CPC/73). Ré que adquiriu de terceiros o direito de exibição do filme já dublado. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido*". (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1105526-76.2013.8.26.0100, Rel. Mary Grün, j. 08.02.2017);

"*Apelação. Ação de indenização. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Descabimento. Direitos autorais. Dublagem. Inexistência de comprovação de direitos sobre as reexibições do programa dublado. Precedentes desta C. Corte. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.*" (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1016359-47.2013.8.26.0068, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 07.10.2016);

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DUBLAGEM. FALTA DE REFERÊNCIA AO NOME DO DUBLADOR NA OBRA. AUSÊNCIA DE CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS. SUPOSTA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA INDENIZADA DA VOZ DO AUTOR EM EXIBIÇÕES CONTÍNUAS DA OBRA. Prescrição. O autor, na presente demanda, não esclareceu*

quando teria iniciado a exibição do filme, sendo certo que era de se supor que, como profissional que tenha atuado na produção da obra, tivesse tido conhecimento anterior da suposta violação. Contudo, a demanda somente foi ajuizada em dezembro de 2013, passados cinco anos do término do trabalho, o que indicaria a prescrição da pretensão indenizatória, com fundamento no art. 206, § 3º,inc. V, do Código Civil. Não há dúvida de que o dublador é titular do direito que tem sobre a criação que representa o seu trabalho de dar vida ao texto e à interpretação do personagem. Contudo, no caso em exame, ao aceitar o trabalho como dublador, por certo, ocorreu autorização expressa para supervenientes edições da obra, a que título ocorressem, por exibições em redes de cinema ou mesmo comercialização. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido". (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 4001681-59.2013.8.26.0008, Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi, j. 17.05.2016);

"*DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Alegação sustentada na exordial indicando suposta veiculação não autorizada de obra dublada pelo autor sem a devida contraprestação e atribuição de créditos pela dublagem. Sentença de improcedência dos pedidos na origem. Recurso de Apelação do autor. Prestação dos serviços que pressupõe o consentimento para a comercialização do produto final. Dicção extraída do artigo 81 da Lei no. 9.610/98. Inexistência de contrato escrito com restrições à circulação dos filmes ou previsão de remuneração do autor pela respectiva comercialização. Fatos constitutivos do direito invocado não provados pelo autor. Existência de inúmeras ações idênticas à presente, todas elas sob a alegação de veiculação não autorizada de obra dublada. Conduta do requerente que ofende o princípio da boa-fé objetiva e caracteriza 'venire contra factum proprium'. Violação de direito autoral não configurada. Recurso de Apelação do autor, portanto, não provido*" (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1067181-41.2013.8.26.0100, Rel. Alexandre Bucci, j. 07.02.2017);

"*Apelação Cível. Direito autoral – Ação de indenização por danos materiais e morais – Veiculação não autorizada de obra dublada pelo autor sem a devida contraprestação e atribuição de créditos pela dublagem do personagem – Sentença que julgou improcedente a ação – Recurso de apelação interposto pelo autor – Preliminar de nulidade da sentença afastada – Alegação de falsificação grosseira da assinatura constante do contrato que não foi formulada no momento oportuno – Preclusão – Autor que, ao integrar o elenco de dubladores da ré e prestar-lhe serviços, consentiu com a veiculação de sua fala na dublagem de personagem do documentário 'Crer ou Não Crer' – Existência de inúmeras ações idênticas à presente, todas elas sob a alegação de veiculação não autorizada de obra dublada – Conduta do requerente que ofende o princípio da boa-fé objetiva e caracteriza 'venire contra factum proprium' – Violação de direito autoral não configurada – Julgamento de improcedência mantido –*

Acesso ao Sumário

Litigância de má-fé não caracterizada – Expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil para apuração da conduta dos advogados do autor que não depende do trânsito em julgado – Esferas independentes – Recurso provido em parte, tão-só para afastar a condenação às penas por litigância de má-fé. Dá-se provimento em parte ao recurso de apelação" (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1010726-48.2016.8.26.0004, Rel.. Christine Santini, j. 05.06.2018).

"*COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – Ação julgada improcedente – Insurgência do autor que não merece prosperar – Alegado cerceamento do direito à prova não configurado – Demandante que se descurou de produzir oportunamente as provas necessárias à comprovação do direito alegado – Inadmissibilidade, ademais, de alteração da causa de pedir fática nas razões recursais – Conduta que caracteriza até mesmo* venire contra factum proprio *– Violação ao princípio da boa-fé objetiva – Demandante que atuou por quase duas décadas como dublador, e resolveu ajuizar mais de uma centena de ações idênticas à presente, ao argumento de que nunca forneceu autorização escrita para uso de seus direitos autorais – Reprodução de filmes dublados que, à vista das circunstâncias do caso concreto e da própria natureza da operação econômica entabulada entre as partes, já se encontra inserida na autorização original de exibição, mediante utilização dos mesmos meios de comunicação – Sentença mantida – Recurso não provido*" (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1062316-70.2016.8.26.0002, Rel. Francisco Loureiro, j. 30.01.2018).

Não há falar, ainda, em violação de direito à exibição de seu nome nos créditos; tendo o próprio autor/apelado, repise-se, reconhecido que era um dos dubladores que integrava a equipe da empresa de dublagem, deveria ele ter apresentado o contrato que permitisse a confirmação das condições estabelecidas entre a empresa que o contratou e a rede apelante. Não logrei encontrar a data em que a dublagem foi efetivamente realizada, sendo indicada nos autos somente a data de exibição dos trabalhos, não tendo sequer a comprovação de que nome do autor não teria sido inserido nos créditos do trabalho apresentado pela equipe de dublagem à apelante.

Acesso ao Sumário

Essa mesma lacuna foi constatada em inúmeros outros casos apreciados pela Corte, dentre os quais, destaca-se:

"*Outrossim, a despeito da previsão do artigo 81, §2º, inciso VI, da Lei nº 9.610/98, que assegura a menção dos nomes dos dubladores em cada cópia da obra audiovisual, não se desincumbiu o autor do ônus de comprovar que seu nome não constou dos créditos finais. Conforme dispõe o artigo 434, caput e parágrafo único, do Código de Processo Civil: 'Art.434: Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provas suas alegações. Parágrafo único: Quando o documento consistir em reprodução cinematográfica ou fono-*

gráfica, a parte deverá trazê-lo nos termos do caput, mas sua exposição será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes'. Anote-se que a mídia digital dublada não pode ser considerada como documento novo, e que o autor não comprovou qualquer motivo que o tenha impedido de juntá-la com a petição inicial, conforme possibilita o artigo 435, §único do Código de Processo Civil. Cumpre ressaltar, ainda, que o artigo 90, §2º, da Lei nº 9.610/98, dispõe que 'a proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações' (grifos meus). No presente caso, contudo, a voz do autor não se diferencia por si só, já que não se trata de pessoa famosa, que seria reconhecida pelo público apenas por sua voz, o que afasta a proteção conferida pela mencionada lei" (TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1010143-63.2016.8.26.0004, Rel. Fernanda Gomes Camacho, j. 30.05.2018).

Tudo isso considerado, robustecida fica a litigância de má-fé do autor pelo abuso do direito de ação e abuso do direito à assistência judiciária, pela formulação de pretensão ciente de que é destituída de sentido, nos termos do art. 77, inciso I, do Código de Processo Civil.

É o quanto basta para a solução do caso.

Por todo o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, reformando a sentença de fls. 501/505 para, acolher a preliminar de impugnação à assistência judiciária e cassar o benefício concedido ao autor julgar a ação improcedente, invertendo-se os ônus sucumbenciais em desfavor do autor, bem como os horários advocatícios, fixados, na origem, em 10% do valor atualizado da ação, a teor do art. 85, §2º, do CPC, majorando-o, nesta oportunidade, para 20% do valor atualizado da ação, nos termos do art. 85, §11, do CPC. Condeno o autor/apelado, ainda, ao pagamento de multa de 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 77, inciso I, combinado com o art. 81, cabeça, todos do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1051797-57.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ENTERTAINMENT ONE UK LIMITED ("EONE") e apelada LUCIANA VERGILIO ALVES 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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36195)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2022.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Ação cominatória (uso indevido de marca) c.c. indenizatória. Sentença de procedência, para determinar à ré a abstenção do uso da marca PEPPA PIG-Família e Amigos e PJ MASKS, além de condená-la à reparar danos materiais, a serem apurados em fase de liquidação, com danos morais fixados em R$ 5.000,00. Inconformismo da autora. Acolhimento em parte. Os danos materiais devem ser apurados, nos termos do art. 210, da Lei 9.279/1996, como definido na sentença, sendo despiciendo que se defina antecipadamente qual dos incisos será mais favorável à apelante. Diante dos elementos de convicção e da jurisprudência dessa C. Câmara, para casos desse jaez, os danos morais ficam majorados para R$ 10.000,00. Verba honorária revisada, para 15% da condenação. Sentença ajustada. Recurso provido em parte.

VOTO

1. Trata-se de sentença que, nos autos de ação cominatória (uso indevido de marca) c.c. indenizatória por danos materiais e morais (uso indevido de marca), acolheu as pretensões "para, confirmando a liminar, condenar a ré a (1) abster-se de comercializar produtos que violem as marcas 'PEPPA PIG Família e Amigos' e 'PJ MASKS'; (2) indenizar pelos danos materiais, a serem arbitrados em liquidação de sentença, sobre os quais incidirão correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros moratórios de 1% ao mês, ambos a contar da ciência da infração, em se tratando de ilícito extracontratual (21/5/2021, data de ajuizamento, não havendo indicação de ciência pretérita); e (3) pagar R$ 5.000,00 a título de danos morais, corrigidos pela Tabela Prática a contar da fixação (Súmula 362 STJ) e com juros de 1% a mês a contar do evento danoso (21/5/2021)". Confira-se fls. 339/344 e 411.

Inconformada, a autora entende que a sentença negou vigência aos arts. 186 e 927, do CC, arts. 208, 209 e 210, da Lei n. 9.279/1996, e art. 85, § 2º, I, III e IV, do CPC, em relação aos quais pede prequestionamento. Em síntese, alega que o critério de apuração do prejuízo material deve ser o mais favorável (art. 210, III, da Lei 9.279/1996) e discorre sobre o dever de indenizar, em razão do ilícito (contrafação). Nesse aspecto, busca a revisão do julgado de primeiro grau,

Acesso ao Sumário

"para condenar a CONTRAFATORA, na forma do inciso III do artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial não apenas para CUMPRIR O QUE DIZ A LEI, mas também para não privilegiar os CONTRAFATORES com outros critérios que resultem em valores inferiores aos pagos pelo próprio LICENCIADO OFICIAL". Além disso, busca a majoração do dano moral. Aponta que o montante arbitrado (R$ 5.000,00) destoa da jurisprudência, em casos de mesma jaez. Estima os danos morais em R$ 10.000,00. Por fim, discorda da dimensão da verba honorária (10% do valor da condenação) e requer a majoração, à luz dos critérios do art. 85, § 2º, I, II, III e IV, do CPC, para 20% do mesmo referencial (fls. 414/430).

O preparo foi recolhido (fls. 493/494), sendo o recurso contrarrazoado (fls. 498/502).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

2. A apelante ajuizou a demanda em maio de 2020, noticiando que é detentora dos direitos marcários em relação aos personagens de desenhos animados PEPPA PIG e PJ MASKS, os quais licencia o uso da marca e imagem. Em razão do suposto uso indevido materializado com a comercialização de produtos que imitam seus personagens, pleiteou a busca e apreensão e a abstenção de comercialização dos produtos contrafeitos, além de reparação de danos.

A sentença apelada acolheu as pretensões, com a conclusão de que os danos materiais devem ser apurados na fase de liquidação, por arbitramento judicial. Os danos morais foram arbitrados em R$ 5.000,00.

O inconformismo comporta acolhida em parte.

Em relação ao critério de mensuração dos danos materiais, há regra específica na Lei n. 9.279/1996, daí o acerto da solução adotada na sentença, ao pontuar que: "Em relação aos danos materiais, a previsão legal dos critérios para a sua determinação encontra amparo no art. 209 e 210 da referida Lei".

Essa conclusão também condiz com a orientação sedimentada na jurisprudência desta Câmara Julgadora:

> "Danos materiais. Contrafação inequívoca. Ocorrência, porque são presumidos. Hipótese, entretanto, que não autoriza aplicação da Lei nº 9.610/98. Apuração em liquidação de sentença, nos termos dos arts. 208 e 210 da Lei nº 9.279/96." (Ap. 1017121-43.2018.8.26.0309, Rel. Des. Araldo Telles, j. em 17.12.2020)
>
> "RESPONSABILIDADE CIVIL – MARCA – Apreensão de produtos contrafeitos 'PEPPA PIG' (...) 2. CONCORRÊNCIA DESLEAL – Apreensão de produtos contrafeitos – Apuração do *quantum debeatur* na fase de liquidação da sentença na forma do disposto na LPI, art. 210 – Recurso da autora provido neste capítulo recursal" (Ap. 1006582-53. 2016.8.26.0126, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. em 29.10.2019)

Por esgotar a discussão e por se tratar de similar discussão, inclusive a

Acesso ao Sumário

apelante é a mesma que aqui também recorre, não há razão para que os inteligíveis fundamentos deste último julgado citado não sejam aqui também adotados como razão de decidir, nos termos que seguem:

"**IV. DA APURAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS**

Busca a autora apelante a reforma da r. sentença para que a apuração dos prejuízos materiais ocorre na forma do artigo 210, inciso III, da Lei nº 9.279/96, pelo critério de apuração mais favorável.

Como se nota dos autos, a quantidade de produtos contrafeitos apreendidos nos estabelecimentos da apelada foi mínima, o que não significa isso, abonar quem praticou o ato ilícito.

O contrafator deve ser responsabilizado por seus atos independentemente do prejuízo apurado, salvo se houver renúncia ao direito pela vítima.

Esta, porém, não é a hipótese, pois a autora não dispensou o ressarcimento pelo prejuízo material.

Para que haja ressarcimento por lucros cessantes basta a existência de indício da comercialização, fabricação ou exposição à venda de produtos contrafeitos, o que se deu com o auto de busca e apreensão lavrado nestes autos (fl. 147-148).

A respeito dos lucros cessantes, o art. 208 da Lei nº 9.279/96 dispõe que '*A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido*', ao passo que o art. 210 elenca três critérios para apuração dos lucros cessantes, devendo ser eleito o mais favorável à vítima: (I) os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; (II) os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou (III) a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem".

Entende-se inaplicável a Lei nº 9.610/98 porque o art. 210 da LPI traz critérios taxativos para cálculo dos lucros cessantes, devendo ser realizada perícia contábil nos livros empresariais caso não seja conhecida a quantidade de produtos contrafeitos comercializados.

Sobre o tema já decidiu a Terceira Turma da Corte Superior:

Na hipótese, a violação em questão é da marca da recorrente e a legislação que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (Lei 9.279/96) traz em seu bojo os critérios específicos que devem ser adotados para a quantificação do dano material (art. 210), não se fazendo necessária ou mesmo pertinente a adoção da analogia para interpretação das suas disposições. Inaplicabilidade da Lei 9.610/98 à hipótese.

(REsp 1372136/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013)

Assim, na fase de liquidação da sentença por arbitramento, apu-

Acesso ao Sumário

rar-se o montante indenizatório pelo critério escolhido pela vítima da contrafação.

O que se verifica nestes autos, contudo, é que a autora faz pedido alternativo buscando a incidência do inciso I, do art. 210 da LPI combinado com o disposto no art. 103 da Lei n, 9.510/98, o que não se mostra possível diante da existência de parâmetro legal na Lei de Regência.

Outra alternativa buscada pela recorrente refere-se à incidência do disposto no inc. III do art. 210, o que se mostra factível diante dos fatos apurados, devendo assim proceder, julgando-se procedente, neste capítulo, o pedido recursal."

No caso concreto, a sentença já estabeleceu que os danos materiais devem ser apurados, na fase de liquidação, sendo despiciendo que se defina, antecipadamente, qual dos incisos do art. 210, da lei de regência, será mais favorável ao prejudicado, dado que os critérios fixados não são absolutos, especialmente quando algum deles resultar em condenação manifestamente desproporcional à realidade do caso, a ponto de caracterizar enriquecimento sem causa.

Outrossim, forçoso pontuar que a solução adotada na sentença vai ao encontro da posição sedimentada pelo C. Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, conforme enunciado VIII: "Nas ações de contrafação, em regra, a indenização por danos materiais deve ser fixada com base nos critérios dispostos nos arts. 208 e 210 da Lei 9.279/96, com apuração em fase de liquidação de sentença".

Quanto à dimensão dos danos morais, com razão à apelante ao destacar que o valor arbitrado destoa daqueles estabelecidos em litígios semelhantes.

De acordo com a prova documental a fls. 197/199, os produtos contrafeitos eram comercializados pela apelada pela *internet* (endereço eletrônico constante do texto original e endereço eletrônico constante do texto original), desde maio de 2017 (fls. 200), havendo informação de expressivo número de produtos vendidos (fls. 420/421), a despeito de se tratar a apelada de empresária individual.

Diante desse contexto e considerando o parâmetro adotado por esta Câmara Julgadora, em casos similares, forçoso reconhecer que o valor R$ 10.000,00, satisfaz o critério bifásico de arbitramento, isto é, à luz do interesse jurídico tutelado (imagem e reputação da marca) e dos elementos de convicção que embasam o pleito indenizatório.

Em relação à verba honorária, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, em especial o trabalho adicional, nesta fase recursal, pertinente sua fixação acima do percentual mínimo, de forma a ser estabelecido em 15% do valor atualizado da condenação.

Em suma, o inconformismo comporta acolhida em parte, para majoração dos danos morais (R$ 10.000,00), com atualização monetária a partir da data

Acesso ao Sumário

deste julgamento e juros de mora do evento danoso. A verba honorária também fica revisada, nos moldes acima fixados.

3. Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000430-37.2022.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante COSTA E TEIXEIRA DA COSTA LTDA - ME, são apelados BANCO BRADESCO S.A. e LUIZ RICARDO PEREZ.

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 8439)**

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2023.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação indenizatória. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da parte autora. Acolhimento. Parte autora que efetuou a transferência de numerário bancário à parte corré, prestadora de serviço com quem contratou, através de operação via "Pix". Consumação imediata da operação via "Pix" que é a regra e a expectativa. Operação que não se consumou imediatamente, gerando mensagem de "análise". Falta de informação ao consumidor sobre o estado da operação primeira, que implica em quebra do dever de informação pela instituição financeira. Reiteração pelo consumidor, por mais duas vezes, da mesma operação no anseio de ver concluída sua negociação, cuja culpa não se pode lhe imputar. Instituição financeira que tem o dever de analisar a segurança e discrepâncias das operações via "Pix", nos termos do artigo 36 da Resolução BCB nº1, de 12 de agosto de 2020. Caso concreto em que as operações

Acesso ao Sumário

suspensas foram concluídas somente no dia seguinte, sendo que todas elas eram do mesmo valor para o mesmo destinatário, em evidentes reiterações da primeira operação frustrada, visando sua conclusão. Responsabilidade objetiva da instituição financeira, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de folhas 200/205, cujo dispositivo segue: "*Ante o exposto, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para: A - DECLARAR a rescisão do contrato verbal para a prestação de serviços especializados na confecção e entrega de móveis planejados celebrado entre a autora Costa e Teixeira da Costa LTDA. ME e o réu Luiz Ricardo Perez, condenando-o à restituição da quantia de R$ 8.824,00 (oito mil e oitocentos e vinte e quatro reais), acrescida de correção monetária, nos moldes da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil, ambos contados desde a data do desembolso; B - REJEITAR os pedidos formulados pela autora Costa e Teixeira da Costa LTDA. ME em face do réu Banco Bradesco S/A. Sucumbente, condeno o réu Luiz Ricardo Perez ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Ainda, tendo em vista a sua sucumbência em relação ao réu Banco Bradesco S/A, a autora deverá arcar com o pagamento das custas e das despesas processuais, bem como com o pagamento de honorários advocatícios estabelecidos em 10% (dez por cento) do valor do proveito econômico pretendido, consistente na soma dos pedidos contra ele formulados (danos materiais e morais que totalizam R$12.700,00), os quais foram rejeitados, conforme artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil*".

A parte autora COSTA E TEIXEIRA DA COSTA LTDA. ME., ora apelante, pleiteia a responsabilização objetiva do banco réu em função do não cancelamento requerido, pela própria parte recorrente, das operações de transferência de numerário via ferramenta "PIX", por ela realizada.

Recurso regularmente processado, com preparo e contrarrazões.

Sem oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal.

É o relatório, adotado no mais, o da r. sentença.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento.

A Resolução BCB nº1, de 12 de agosto de 2020, institui o arranjo de pagamentos Pix e aprova o seu regulamento, anexo à resolução.

O artigo 36 do referido Regulamento assim dispõe: "*Uma transação no âmbito do Pix é considerada autorizada, para fins de iniciação, quando o participante prestador de serviço de pagamento do usuário pagador,* ***após realizar as devidas verificações de segurança****, identifica a existência de saldo suficiente na conta transacional do usuário pagador e bloqueia o valor correspondente à transação para iniciar o processo de liquidação, caso a transação seja liquidada por meio do SPI.*" (negrito nosso)

Ou seja, a instituição financeira intermedeia o pagamento, ainda que realizado por via "Pix".

No caso dos autos, o imbróglio se consuma em função da não instantaneidade da primeira transação via "Pix" - ao pretender transferir o montante de três mil, oitocentos e cinquenta reais, o usuário, ora apelante, deparou-se com uma mensagem de "Pix em análise".

É de conhecimento comum que as operações via "Pix" são de transferência de numerários de forma instantânea, de sorte que, eventual discrepância com essa expectativa, e ante a falta de informações claras sobre do que se trata esse estado de estase na operação, ao consumidor, implica em má-prestação do serviço.

A reiteração da operação não pode ser imputada como culpa do próprio usuário, que está no anseio de concluir o pagamento de sua negociação, quando o sistema não funciona como deveria.

Conforme observado, considerando ser dever da instituição financeira proceder com a verificação de segurança das operações, e que no caso concreto três tentativas de enviar a mesma quantia em dinheiro para o mesmo destinatário estavam em análise, competiria ao banco contatar o seu cliente (lembrando-se que o próprio cliente utilizou-se dos meios que tinha em mãos para contatar a instituição financeira).

Acesso ao Sumário

Soma-se a isso a falta de observância do dever de informação, necessário ao esclarecimento do consumidor sobre a situação de análise desde a primeira tentativa de transação via "Pix".

De se reconhecer, portanto, a responsabilidade objetiva do banco (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor) em restituir à parte apelante o saldo remanescente não devolvido pelo corréu LUIZ RICARDO PEREZ, cuja correção monetária se dará desde a transferência do numerário, acrescida de juros de mora de um por cento ao mês a contar citação.

Assim, reforma-se a r. sentença, como fundamentado.

Ante o resultado do julgamento do recurso, a apelada arcará com o pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, estes fixados em 15% do valor da condenação (artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil).

Registre-se que eventual oposição de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório está sujeito à pena prevista no artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil.

Considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos de declaração para este fim (Súmulas nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e nº 282 do Supremo Tribunal Federal).

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021770-94.2021.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante MARINALDA CARDOSO DA SILVA, é apelado ALGAR TELECOM S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 495)**

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

São Paulo, 18 de janeiro de 2023.

DARIO GAYOSO, Relator

Ementa: APELAÇÕES. INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPEITÁVEL SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL – DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE POR RECONHECER VENDA CASADA E DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO SIMPLES DO QUE FOI PAGO EM EXCESSO.

EMPRESA REQUERIDA QUE NÃO COMPROVOU A CONTRATAÇÃO QUESTIONADA PELA CONSUMIDORA – VENDA CASADA. CARACTE-

Acesso ao Sumário

RIZAÇÃO.

RESTITUIÇÃO SIMPLES DEVIDO A POSTURA DA PRÓPRIA AUTORA QUE SÓ SE INSURGIU APÓS QUATRO (04) ANOS DE CONTRATAÇÃO.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a respeitável sentença (p. 237/241) que julgou parcialmente procedente a ação para declarar inexigíveis os débitos cobrados a título de "MODEM", "LIVROS DIGITAIS" e de "PACOTE SVA", bem como condenar a ré a devolver a autora os valores descontados, de forma simples, a ser apurados em fase de cumprimento de sentença.

Ambas as partes recorrem.

A autora pleiteia a restituição em dobro dos valores indevidamente descontados, bem como a majoração dos honorários advocatícios. (p. 251/258).

A requerida também recorre, sustentando que era necessária a adesão ao pacote ofertado, por se tratar de serviços indissociáveis, ainda que o consumidor deixe de utilizar alguns deles. Sustentou que não cometeu ato ilícito, que não houve venda casada e que não detém meios disponíveis para retirar das futuras faturas as rubricas "Livros Digitais" e "Modem", tendo em vista a descrição dos serviços que contemplam o plano contratado pela autora é oriunda da determinação da "Anatel" nos termos do art. 3º, I, da resolução n.º 632/2014 (p. 263/274).

Contrarrazões pelas partes defendendo o acolhimento de suas respectivas teses (p. 344/350 e p. 351/355).

É o relatório.

VOTO.

Os recursos não comportam provimento.

A relação estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Por isso, impõe-se a aplicação do art. 6º, VIII, da legislação consumerista, que determina a inversão do ônus da prova a favor do consumidor sempre que o juiz entender verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente.

Em que pese as alegações de que a autora tinha ciência da contratação dos serviços, a ré não juntou aos autos o contrato assinado, de forma que as alegações da autora de que não possuía ciência da contratação dos serviços adicionais merece credibilidade.

Acesso ao Sumário

No mais, a ré alega que os serviços fornecidos são indissociáveis, mas não exibiu contrato assinado pela autora; assim, não comprovando que por ocasião da contratação prestou informação clara ao consumidor, a interpretação só pode ser em seu prejuízo.

Portanto, acertada a procedência do pedido de inexigibilidade dos débitos relacionados com "MODEM", "LIVROS DIGITAIS" e "PACOTE SVA", condenando a ré a devolver os valores descontados.

Em relação ao pedido de restituição em dobro, razão não assiste a autora. A restituição simples é adequada, porque a contratação perdurava desde 2017 e a autora só se insurgiu em 2021 (quatro anos após), numa postura de que estaria concordando com os valores que vinham sendo cobrados, o que torna justificável o engano da empresa, pelo que dispõe o artigo 42 parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim cabe a ré deixar de cobrar os valores referentes a esses serviços adicionais.

Neste contexto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos.

Considerando que ambos os recursos foram desprovidos e em razão do trabalho em sede recursal, majoro os honorários advocatícios para R$1.200,00, com base no artigo 85 § 11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1059165-05.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante LUIZA ODETE MESSIAS DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ATIVOS S.A. SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43225)**

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

São Paulo, 18 de janeiro de 2023.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – NEGATIVAÇÃO INDE-

Acesso ao Sumário

VIDA – PROVA PERICIAL GRAFOTÉCNICA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CARACTERIZAÇÃO –I – Sentença de improcedência – Recurso da autora – II – Laudo pericial grafotécnico que concluiu que as assinaturas apostas nos documentos acostados aos autos partiram do punho da autora – Perícia técnica elaborada por profissional gabaritado e equidistante do interesse das partes – Laudo claro, conclusivo e bem fundamentado, utilizando critérios técnicos adequados – Autora que não trouxe aos autos elementos concretos que afastem as conclusões periciais – Desnecessidade de apresentação da via original para realização da prova pericial grafotécnica – Resolução nº 4474/16 do BACEN, que autoriza o descarte da matriz física dos documentos após digitalização, com a ressalva, porém, de tal fato não pode prejudicar a tutela judicial ou extrajudicial dos direitos e interesses dele decorrentes – Hipótese em que o perito judicial apontou a possibilidade de realização da prova pericial grafotécnica considerando-se os documentos digitalizados – Autora que, intimada, não se opôs à realização dos trabalhos conforme proposto – Hipótese, ademais, em que o banco cedente trouxe aos autos a via original de parte dos documentos discutidos nos autos, os quais foram entregues ao perito judicial para elaboração da perícia – Precedentes deste E. TJ – Comprovada a contratação – Ação improcedente – III – Devida condenação da autora ao pagamento de multa pela litigância de má-fé, pois alterou a verdade dos fatos, ao afirmar que os débitos são inexistentes, por não ter qualquer relação jurídica com a ré, quando, em verdade, há prova nos autos no sentido de demonstrar que efetivamente contratou os empréstimos – Inteligência do art. 80, inciso II, c.c. o art. 81, caput, ambos do NCPC – Sentença mantida – IV - Honorários advocatícios majorados para 20% sobre o valor atualizado atribuído à causa, observada a gratuidade processual – Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelo da autora em face da r. sentença de improcedência, proferida nos autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. reparação por danos morais.

Sustenta a apelante que a prova pericial grafotécnica apresenta falhas,

não tendo sido realizada de forma satisfatória. Aponta que os documentos originais não foram acostados aos autos para a realização da perícia. Aduz que deve ser afastada a sua condenação às penas da litigância de má-fé, a qual entende não ter restado caracterizada. Requer o provimento do recurso, com a anulação ou a reforma da r. sentença (fls. 234/241).

Ausente contrarrazões, conforme certificado às fls. 225.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. reparação por danos morais, ajuizada por Luiza Odete Messias de Souza, ora apelante, em face de Ativos S/A Securatização de Créditos Financeiros, ora apelada.

Alega a autora, em sua inicial, que, ao tentar efetuar compras no comércio local, foi informada de que seu nome teria sido incluído, pela empresa ré, nos órgãos de proteção ao crédito.

Alega, ainda, que não há qualquer relação entre as partes, sendo inexistentes os débitos inscritos nos cadastros de inadimplentes.

Alega, por fim, que contatou a ré, a qual teria insistido na existência dos débitos.

Pugna, portanto, pela declaração de inexistência dos débitos, bem como pela condenação da ré ao pagamento da indenização por danos morais (fls. 01/13).

Citada, a ré apresentou contestação, no bojo da qual, em síntese, esclarece que os débitos inscritos nos órgãos de proteção ao crédito são legítimos, os quais lhe foram regularmente cedidos pelo Banco do Brasil S/A, tendo como origem 03 (três) contratos de empréstimo bancário (fls. 30/40).

A ré, ainda, no curso da ação, acostou aos autos cópia digitalizada dos contratos discutidos nos autos (fls. 118/127), tendo a autora apresentado impugnação, sob o fundamento de que não foram por ela "*ortografados*" (fls. 131).

Determinada a produção de prova pericial grafotécnica (fls. 132/133), o perito judicial nomeado, em sua manifestação acostada às fls. 151/152, apontou a possibilidade da realização da perícia, mesmo sem apresentação da via original dos documentos, sendo que, oportunizada a manifestação das partes, estas concordaram com a realização da prova nos termos propostos (fls. 155).

Outrossim, intimado, o terceiro Banco do Brasil S/A, apresentou a via original de parte dos documentos, os quais foram entregues ao perito judicial para realização dos trabalhos (fls. 180/187 e 188).

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, entendendo o MM. Juiz "a quo" que restou comprovado que a autora assinou os contratos e que houve regular cessão de crédito, não se justificando a declaração de inexistência dos débitos, ou, ainda, a indenização por danos morais. Sucumbente,

Acesso ao Sumário

a autora foi condenada a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atualizado atribuído à causa. E, em razão do reconhecimento da litigância de má-fé, a autora foi condenada ao pagamento de multa de 5% sobre o valor atualizado da causa (R$28.110,00 - fls. 13) (fls. 228/231).

Contra esta decisão insurge-se a autora, ora apelante.

No caso em testilha, como visto alhures, alega a autora, em sua inicial, que seu nome foi indevidamente inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, por débitos inexistentes, uma vez que não possui qualquer relação jurídica com a ré (fls. 02 e 03).

No curso da ação, contudo, a ré juntou aos autos cópia dos contratos de empréstimos firmados pela autora com o Banco do Brasil S/A, os quais lhe foram cedidos, contratos este devidamente assinados (fls. 118/121).

E, realizada perícia grafotécnica, o laudo pericial assim concluiu: "*Ao que foi caracterizado, encontrando convergências em quantidade suficiente de elementos gráficos de natureza gral e principalmente de elementos gráficos de natureza genética, que identificam a pessoa que exara uma escrita, entre as assinaturas impugnadas cujas imagens de documentos foram juntadas em páginas 118, 119, 120 (duas assinaturas), 122, 124, 125 e 127; e os padrões de confrontos utilizados, permite o Perito Judicial a ter seu convencimento de que a assinaturas questionadas partiram do punho de LUIZA ODETE MESSIAS DE SOUZA. São autênticas*" (fls. 213).

Neste ponto, esclareça-se que o laudo pericial encontra-se devidamente fundamento e não há qualquer elemento que o invalide.

Com efeito, a perícia técnica elaborada, por profissional gabaritado e equidistante do interesse das partes, é conclusiva e suficiente para comprovar que as assinaturas lançadas nos documentos acostados aos autos são provenientes do punho da autora.

E, em que pese a autora insurja-se quanto ao laudo pericial, não trouxe aos autos elementos concretos que afastem as conclusões ali trazidas.

Deveras, as insurgências da autora não possuem o condão de infirmar ou ilidir as conclusões do laudo pericial, que se mostra claro, conclusivo e bem fundamentado, utilizando critérios técnicos adequados.

Sobre o tema, veja-se o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"RECURSO – APELAÇÃO CÍVEL – BEM MÓVEL – COMPRA E VENDA – AUTOMÓVEL ZERO QUILÔMETRO – RELAÇÃO CONSUMERISTA – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – AÇÃO DE COBRANÇA. Aquisição de veículo novo. Requerente que aponta vício de funcionamento pleiteando ressarcimento do valor dos reparos, além de danos morais. Sentença de improcedência. **Laudo técnico pericial elaborado por**

Acesso ao Sumário

profissional capacitado que demonstrou, indene de dúvidas, a inexistência de vícios redibitório, sendo que houve entupimento de bomba de combustível, ausente demonstração de prova de vício do veículo a imputar dever de indenizar. Requerida que, no decorrer da realização processual, efetuou reparo do bem, colocando-o em perfeito estado de funcionamento. **Não demonstrado vício oculto alegado ou prejuízo à requerente, diante da conclusão pericial não elidida por prova idônea. Pleito inicial não acolhido**. (...)" (Apelação nº 1013275-87.2014.8.26.0008; Relator Marcondes D'Ângelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Comarca: São Paulo; Julgado em 30/10/2019).

"Bem móvel. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais. Aquisição de veículo zero. Alegação de vício do produto não verificada. **Prova pericial idônea. Laudo pericial, que se mostra claro, conclusivo e bem fundamentado, utilizando critérios técnicos adequados.** Recurso não provido" (Apelação nº 1002039-40.2014.8.26.0073; Relator Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Comarca: Avaré; Julgado em 19/09/2017).

Por oportuno, esclareça-se que, contrariamente ao aduzido pela autora, é desnecessária a juntada dos contratos bancários em sua versão original, para fins de perícia grafotécnica.

Inicialmente, registre-se que a Resolução nº 4474/16 do BACEN, autoriza o descarte da matriz física dos documentos após digitalização, desde que este não prejudique a tutela judicial ou extrajudicial dos direitos e interesses dele decorrentes.

Ademais, verifica-se que o perito judicial, nos esclarecimentos prestados às fls. 152/153, apontou a possibilidade de realização da prova pericial grafotécnica considerando-se os documentos digitalizados.

Outrossim, intimada quanto a tais esclarecimentos, a autora não se opôs à realização dos trabalhos, conforme manifestação de fls. 155.

Por fim, verifica-se que o terceiro, Banco do Brasil S/A, trouxe aos autos a via original de parte dos documentos discutidos nos autos (fls. 180/187), os quais, inclusive, foram entregues ao perito judicial para elaboração da perícia (fls. 188).

Assim, não subsiste a alegação da autora de que a prova pericial grafotécnica é eivada de nulidade.

Neste sentido, veja-se o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"**APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Contrato de empréstimo consignado mediante desconto em benefício previdenciário. Autenticidade de assinatura constatada por perícia grafotécnica. Digitalização e descarte dos**

Acesso ao Sumário

documentos originais autorizados pela Resolução nº 4.474/2016 do BACEN. Perícia grafotécnica em cópia digitalizada. Possibilidade. Inteligência do art. 425, VI, CPC. Litigância de má-fé caracterizada. Autora alterou a verdade dos fatos. Multa que comporta redução para 1% sobre o valor da causa para evitar enriquecimento sem causa do requerido. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido" (TJSP; Apelação Cível 1000820-17.2021.8.26.0438; Relator(a): Régis Rodrigues Bonvicino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 1ª Vara; Data do Julgamento: 18/04/2022; Data de Registro: 18/04/2022).

"**PROVA – Perícia grafotécnica – Negativa de contratação e impugnação das assinaturas atribuídas à contratante – Perícia que concluiu pela autenticidade dos signos – Impugnação tardia da parte, que consentiu tacitamente com o exame pericial das cópias digitalizadas e só pugnou pela apresentação do original depois da ciência do resultado desfavorável às suas teses** – Sentença de improcedência que, ademais, levou em conta a existência de outros documentos (faturas da utilização dos serviços de telefonia) – Inviabilidade da invalidação da perícia e da anulação da sentença, na peculiar hipótese – Decisão mantida – Recurso não provido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2025679-36.2021.8.26.0000; Relator(a): Maia da Rocha; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/08/2021; Data de Registro: 25/08/2021).

Esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, também já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema:

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO – "AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS" – Decisão que determinou a produção de prova pericial grafotécnica na via digitalizada do contrato juntada aos autos – O fato de tratar-se de cópia, por si só, não é suficiente para afastar sua utilidade como objeto material da perícia grafotécnica – Precedente do TJSP – Perita que declarou a possibilidade de realizar a perícia na cópia documental existente nos autos** – Decisão mantida – Recurso improvido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2270378-31.2021.8.26.0000; Relator(a): Plinio Novaes de Andrade Júnior; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2022; Data de Registro: 30/03/2022).

Assim, comprovada a contratação entre as partes, de rigor a manutenção da improcedência da ação.

Outrossim, restou devidamente caracterizada nos autos a litigância de má-fé por parte da autora.

A insinceridade da autora, que alterou a verdade dos fatos, ao afirmar que os débitos são inexistentes, por não possuir qualquer relação jurídica com a ré,

Acesso ao Sumário

quando, em verdade, há prova nos autos no sentido de demonstrar que a autora efetivamente contratou os empréstimos, está a caracterizar uma litigância de má-fé, nos termos do art. 80, inciso II, do NCPC, que justifica a imposição da multa do art. 81, *caput*, do NCPC.

Desta feita, a r. sentença deve ser mantida, tal como lançada.

Por fim, tendo em vista o trabalho adicional realizado em grau de recurso, com base no art. 85, §11, do NCPC, majora-se os honorários advocatícios para 20% sobre o valor atualizado atribuído à causa, observada a gratuidade processual concedida à autora.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024452-53.2019.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes/apelados CLEBER CARLOS GARCIA MARTINS e JÉSSICA CASTIGLIONI DURAN, são apelados/apelantes CASARI IMOBILIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/S LTDA., ADÃO MARTINS CABRAL, SERGIMAR BATISTA DOS SANTOS e EDGAR FERNANDO, Apelados FLAVIA MARIA IGREJA e DANILO MANZATO SALMERON.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35156)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 19 de janeiro de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – COMISSÃO DE CORRETAGEM – Conjunto probatório suficiente para demonstrar a conclusão do negócio pouco tempo após a dispensa da corretora – Remuneração devida – Inteligência do art. 727 do CC – Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO.

APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – COMISSÃO DE CORRETAGEM – Autor que não demonstra a contratação do serviço de corretagem pela compra-

Acesso ao Sumário

dora – Solidariedade inexistente – Responsabilidade dos compradores afastada – Sentença mantida – RECURSOS IMPROVIDOS, com observação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas contra a respeitável sentença de fls. 111/114, que, nos autos da ação de cobrança de comissão de corretagem movida por **CASARI IMOBILIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/S LTDA. E OUTROS**, julgou procedentes os pedidos demandados em face de **CLEBER CARLOS GARCIA MARTINS** e **JESSICA CASTIGLIONI DURAN**, condenados ao pagamento do valor de R$ 23.700,00 (vinte e três mil e setecentos reais), corrigido monetariamente desde a venda (30/05/2019 - fl. 19) e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde a notificação extrajudicial (24/07/2019 fl. 26), além das custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais arbitrados em 10% do valor da condenação.

No mesmo fôlego julgou extinta a ação em face de **FLAVIA MARIA IGREJA** e **DANILO MANZATO SALMERON**, condenados os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais arbitrados em 10% do valor da causa.

Irresignados, **apelam os corréus Cleber e Jéssica** (fls. 116/120), requerendo, preliminarmente, os benefícios da Justiça Gratuita. No mais, alegam, em síntese, que não é devida a comissão de corretagem, pois não houve contrato de exclusividade verbal ou escrito firmado entre as partes. Dizem que desistiram de realizar a venda do imóvel, pois os vistos para os Estados Unidos não ficaram prontos e que meses depois a compradora Flávia entrou em contato informando que ainda tinha interesse em adquirir o bem, ocasião em que a venda foi efetuada.

Pugnam pela reforma da r. sentença, com o decreto de improcedência da ação.

Por outro lado, **os autores também recorrem**, (fls. 121/132), alegando, em síntese, que tanto os vendedores quanto os compradores são solidariamente responsáveis pela comissão de corretagem, uma vez que ambos agiram com má-fé ao excluírem os autores do negócio, eximindo-se do pagamento devido.

Requerem a reforma da r. sentença para que sejam mantidos os compradores no pólo passivo da demanda.

Houve contrariedade aos apelos (fls. 140/149 e 150/159), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

O despacho de fls. 163 determinou que os apelantes Cleber e Jéssica juntassem cópias das Declarações de Imposto de Renda dos três últimos exercícios,

ou recolhessem o preparo recursal no prazo de cinco dias úteis, sob pena deserção.

Fls. 166/168: petição dos apelantes Cleber e Jéssica comprovando o recolhimento do preparo.

É o relatório, passo ao voto.

I – Inicialmente, indefere-se o pedido de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita postulado pelos corréus Jéssica e Cléber, tendo em vista o recolhimento do preparo recursal a fls. 166/168.

II – Trata-se de ação de cobrança de comissão de corretagem promovida por **Casari Imobiliária e Administração de Bens S/S Ltda. E Outros** contra **Cleber Carlos Garcia Martins, Jessica Castiglioni Duran, Flavia Maria Igreja** e **Danilo Manzato Salmeron**.

Narram os autores que os dois primeiros réus, na qualidade de proprietários, cadastraram o imóvel objeto da Matrícula n° 123.160 do 1° CRI da Comarca de São Bernardo do Campo no sistema da Imobiliária autora para venda. Aduzem que os segundos réus, por intermédio dos autores, após a visitação do imóvel, demonstraram interesse em adquiri-lo e inclusive chegaram a oferecer proposta de compra. Entretanto, na sequência, os compradores desistiram do negócio. Os vendedores, por sua vez, informaram que não tinham mais interesse em vender o imóvel. Posteriormente, intrigados, os requerentes consultaram a matrícula do imóvel em questão e verificaram que as partes firmaram o negócio, sem o repasse da comissão de corretagem devida.

Pela r. sentença ora recorrida, a ação foi julgada procedente em face dos vendedores e extinta por ilegitimidade passiva em face dos compradores.

Irresignados, recorrem os vendedores e os autores.

III – O recurso dos corréus Cleber e Jéssica, vendedores do imóvel, não comporta acolhida.

Com efeito, a prova documental apresentada corrobora a versão descrita na petição inicial, confirmando a realização da primeira visita ao imóvel pelos compradores em companhia dos autores (fls. 11) e a fls. 12 consta mensagem encaminhada pela compradora Flávia ao coautor Edgar com oferta de compra do imóvel, datada de 23/02/2019.

Restou incontroverso que os autores promoveram a aproximação útil das partes e viabilizaram a alienação do imóvel, evidenciada a má-fé dos envolvidos, que retiraram o anúncio de venda do imóvel na imobiliária, sob o pretexto de que o visto de viagem não havia sido liberado, para concluir o negócio de forma particular entre eles, sem o pagamento da respectiva comissão de corretagem, apenas três meses depois da aproximação, (fls. 13/15).

Nessas condições, embora os recorrentes aleguem que o negócio não foi

Acesso ao Sumário

concluído pela parte autora, é certo que o art. 727 do CC determina o pagamento da corretagem se o negócio se realizar por efeitos dos trabalhos do corretor:

> "***Art. 727. Se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor.***"

Na lição de **Cláudio Luiz Bueno de Godoy**:

> "O CC/2002, no artigo em comento, reconhece que se o cliente, o dono do negócio, dispensa os serviços do corretor, não havendo prazo para a corretagem, ou se, havendo, depois dele conclui diretamente o negócio principal, mas como fruto do trabalho do mesmo mediador, então a comissão de toda sorte a este será devida. É, afinal, o reconhecimento de que o trabalho de aproximação resultou útil, pelo que é devida a respectiva remuneração." (**Código Civil Comentado, 9ª ed., Coord. Min. Cezar Peluso, Manole, 2015, p. 717**).

Esse também é o entendimento deste **E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:**

> ***"AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO POR MEDIAÇÃO E CORRETAGEM. Gratuidade da justiça deferida. Contrato de corretagem. Compra e venda de imóvel. Comprovação de que o corretor realizou a efetiva aproximação das partes contratantes. Remuneração devida. Negócio concluído cerca de dois meses após os contratantes terem desistido da compra e venda. Circunstância que não tem o condão de afastar o direito ao recebimento da comissão, se o negócio se realizou como decorrência direta e imediata da atuação da corretora. Inteligência do art. 727 do CC. Comissão devida. Cálculos que deve ser realizado referente ao valor da venda do imóvel dos réus. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido."***[1]
> (sem grifos no original)

Nem se argumente que não houve demonstração da existência de um contrato de mediação com exclusividade entre as partes.

Como bem decidido pelo juízo de primeiro grau, a corretagem, sendo contrato bilateral, oneroso e consensual, por se completar por simples entendimento das partes, não tem forma especial prevista em lei para sua celebração ou validade. Assim, o que determina o direito à percepção da comissão é o trabalho de aproximação entre o vendedor e o comprador com o subsequente fechamento do negócio.

É esse o entendimento de **Nelson Rosenvald** e **Felipe Braga Netto**:

> "O contrato de corretagem é aleatório, ficando a remuneração

1 Apelação nº 1118356-69.2016.8.26.0100, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 14.12.2018.

Acesso ao Sumário

condicionada ao sucesso da mediação pela obtenção do resultado almejado. Assim, quando da aproximação realizada pelo corretor resultar efetivação do negócio, ou seja, o negócio principal tiver sido formalizado, dúvida não há sobre a utilidade do serviço e o seu direito à percepção da remuneração. Em uma linha mais elástica há os que admitem que basta o recibo de sinal para que se tenha o direito à comissão e até mesmo, a simples indicação do nome do pretendente ao negócio, nas situações em que o contratante se aproveite desta informação para a partir daí dispensar o corretor e, sozinho, alcançar com àquele a conclusão do negócio." (**Manual de Direito Civil, Ed. Jus Podivm, 2017, p. 744-745**).

Acrescente-se que o contrato de mediação é oneroso por essência, não sendo crível que a parte autora tenha acompanhado a visita realizada ao imóvel e prestado os esclarecimentos às partes envolvidas de forma gratuita.

Evidente, portanto, a aproximação útil entre as partes realizada pela autora, o que foi essencial para a conclusão do negócio poucos meses após a sua dispensa, sendo-lhe assegurado o recebimento da comissão de corretagem pelo trabalho desenvolvido.

Assim, era mesmo de rigor a condenação dos primeiros réus ao pagamento da comissão de corretagem nos termos fixados pela r. sentença.

IV – Da mesma forma, sem razão os autores.

Como dito, a corretagem em negócio jurídico bilateral e consensual, através do qual o corretor atua em favor do comitente para a realização de determinada incumbência e a obtenção de certo resultado, agindo no sentido de aproximar interessados na concretização de um dado negócio jurídico, de interesse do contratante do serviço.

Assim, para fazer jus à comissão, o corretor deve demonstrar a efetiva contratação do seu serviço pela compradora, ônus do qual não se desincumbiu.

Dispõe o artigo 724 do Código Civil: "*A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais*".

Em regra, de acordo com os usos e costumes, quando se trata de negócio imobiliário, a corretagem é paga pelo vendedor do imóvel, por ser quem usualmente contrata o corretor, de modo que somente ficará sob a responsabilidade do comprador caso haja prova inequívoca nesse sentido. Mesmo porque, a solidariedade não se presume, devendo ser prevista em lei ou contrato, tratando-se o documento de fl. 11 de mera proposta.

Nesse sentido:

"CONTRATO DE CORRETAGEM – COBRANÇA DE COMISSÃO – INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O COMPRADOR E O VENDEDOR – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 724 DO CÓDIGO CIVIL – VERBA QUE EM REGRA É DEVIDA PELO VEN-

Acesso ao Sumário

DEDOR – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ASSUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE TAMBÉM PELO COMPRADOR – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DEDUZIDO EM FACE DO COMPRADOR – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA. – Recurso provido."[2]

"Apelação – Ação de cobrança – Comissão de corretagem – Contrato verbal – Em tese, obrigado pelo pagamento da comissão de corretagem é o vendedor, vale dizer, o proprietário do imóvel. O comprador não firma com o intermediário, contrato algum – Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte – Destarte, cabia ao autor provar séria e concludentemente, sob o crivo do contraditório, ex vi do que dispõe o art. 333, I, do CPC, que houve assunção pelo réu (comprador) da obrigação de pagamento da comissão de corretagem, que, em tese e a rigor, seria dos vendedores dos imóveis. Autor não se desincumbiu do ônus – Reforma da r. sentença – Necessidade – Inversão dos ônus da sucumbência – Cabimento – Recurso provido, para julgar improcedente a ação."[3]

"APELAÇÕES CÍVEIS. Ação de Cobrança. Corretagem. Sentença de Parcial Procedência. Inconformismo das Partes Litigantes. Não Acolhimento. (...) Comissão de Corretagem. Responsabilidade Solidária entre o Comprador e o Vendedor. Inexistência. Ademais, em regra, a Comissão de Corretagem é suportada pelo Vendedor e não pelo Comprador do Imóvel. Aproximação das Partes e Negócio efetivado posteriormente. Negócio Jurídico realizado em menos de 02 (dois) meses depois do Distrato. A mediação se aperfeiçoa com a atividade eficaz do Intermediário, aproximando as Partes que concluem o Negócio, e por tal Serviço ele faz jus à remuneração. Inteligência dos artigos 722 e 727 do Código Civil. (...)RECURSOS NÃO PROVIDOS."[4]

E, ainda: **Apelação 0000923-60.2009.8.26.0309**; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/12/2016; Data de Registro: 15/12/2016); **Apelação 1014906-53.2014.8.26.0562**; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/2017; Data de Registro: 10/11/2017.

Portanto, de rigor a manutenção integral da r. sentença combatida, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

V -- Com relação aos honorários recursais previstos no art. 85, §11, do CPC, **majoro a verba honorária devida aos patronos dos autores para 15% sobre o valor da condenação e dos corréus compradores para 12% sobre o**

2 Apelação 0042140-06.2010.8.26.0000; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 02/12/2010.

3 Apelação 0005922-11.2011.8.26.0269; Relator (a): Neto Barbosa Ferreira; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/11/2015.

4 Apelação 1007331-88.2015.8.26.0099; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data de Registro: 23/03/2017.

Acesso ao Sumário

valor da causa.

Ressalvado, por oportuno, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC, porquanto deve a insurgência se realizar pelo meio recursal adequado.

VI -- Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO aos recursos, com observação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011507-79.2021.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SV VIAGENS LTDA. (SUBMARINO VIAGENS), é apelada LARISSA COSTA SIMÕES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.312)**

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

São Paulo, 19 de janeiro de 2023.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Indenizatória por danos materiais e morais. Prestação de serviços. Ré que atua na intermediação de venda de passagens aéreas. Cancelamento de voo em razão dos efeitos da pandemia de Covid-19 e negativa de reembolso. Sentença de parcial procedência. Inconformismo em face do reconhecimento dos danos morais. Desacolhimento. Perturbação ao estado de espírito da consumidora que se mostrou evidente. Situação que extrapola o mero aborrecimento e ingressa no campo do dano moral. Hipótese de aplicação da Teoria do Desvio Produtivo. Perda do tempo útil de vida por parte da autora para cuidar de direito seu indevidamente lesado. Precedentes. Falha na prestação de serviços caracterizada. Ré que postergou a solução da celeuma, parcialmente alcançada somente após de-

Acesso ao Sumário

corridos dois anos do evento noticiado. Danos morais configurados. Concreta afronta a núcleo essencial de proteção conferida pelo ordenamento, não se tratando de mero dissabor ou incômodo. Desnecessidade de comprovação de efetiva ocorrência de prejuízo (damnum in re ipsa). Quantum indenizatório arbitrado em R$ 5.273,50. Montante proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944 do Cód. Civil). Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença que julgara a ação parcialmente procedente para condenar a ré: a) a reembolsar a autora do valor de R$ 527,35, com correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, descontado o valor depositado nos autos (inclusive com a remuneração realizada pelo banco depositário oficial); b) a indenizar a autora por dano moral no valor de R$ 5.273,50, com correção monetária a contar desta decisão e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação; c) ao pagamento das custas e das despesas processuais (com recolhimento em guia própria da taxa judiciária inicial e despesas de citação autora beneficiária da justiça gratuita, não adiantou tais valores) e honorários de advogado, arbitrados em 15% do proveito econômico (itens 'a' e 'b' supra) - fls. 106/112, apela a prestadora de serviços (fls. 115/122) postulando a reforma do julgado.

Em suas razões recursais sustenta a ausência de ato ilícito e de dano moral (art. 5º da Lei nº 14.046/2020), esclarecendo que apenas intermediou a contratação dos serviços pela recorrida com os fornecedores finais, não tendo havido qualquer falha em sua atuação.

Alega que a propagação do Covid-19 se refere a caso fortuito, de natureza externa, não inerente ao presente contrato, e, por conseguinte, incapaz de caracterizar a responsabilização do fornecedor, ainda que se trate de relação de consumo.

Salienta que a MP 948/2020, em seu art. 5º, previu que não haverá a incidência de dano moral nas ações relacionadas ao Covid-19, pois reconhecidas como caso fortuito ou força maior, bem como que a nota técnica nº 24/2020 da Senacon é clara no entendimento acerca do tema. Bate-se na tese de que não há que se falar em dever de indenizar, posto ausente o nexo de causalidade.

Pugna pelo afastamento da condenação em danos morais ou, subsidiariamente, pela redução do valor arbitrado de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Requer o provimento do apelo.

Recurso preparado e respondido (fls. 131/137).

Acesso ao Sumário

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se de ação Indenizatória por danos materiais e morais, por meio da qual pretendeu a autora, ora apelante, a condenação da ré no pagamento de indenização por danos materiais e morais, mercê da negativa de reembolso do valor de passagens aéreas remarcadas.

Sobreveio a procedência parcial da ação, razão de insurgência da demandada exclusivamente em face do reconhecimento dos danos morais e da correlata condenação no pagamento de R$ 5.273,50 a tal título.

Pois bem.

Inconsistente o inconformismo.

Com efeito, a autora experimentou dissabores, transtornos e aborrecimentos advindos da impossibilidade de viajar e, mais do que isso, da procrastinação da prestadora de serviços em solucionar a questão do reembolso, mesmo após acionar órgão de proteção ao consumidor e de contatá-la diversas vezes.

O dano moral se patenteou.

Note-se que o desate parcial da celeuma somente ocorreu com a propositura da ação, decorridos mais de dois anos dos fatos noticiados.

Não se ignora que o evento descrito na petição inicial se deu na pandemia e, por isso, alcançado pela aplicabilidade da Lei nº 14.034/2020, evidentemente numa compatibilização com a incidência do Código de Defesa do Consumidor e a Resolução nº 400 da ANAC.

De fato, diante dos efeitos da pandemia, o transporte aéreo nacional e internacional sofreu inúmeros cancelamentos e reprogramação de voos.

Contudo, no caso concreto, verificou-se resistência da ré em prestar à apelada o atendimento necessário. Frise-se que, ainda que tenha atuado como intermediadora na venda dos bilhetes aéreos, fez parte da cadeia de consumo e, portanto, responsabiliza-se objetivamente pelos danos eventualmente causados à autora-apelada.

Não bastassem todo o transtorno, aborrecimento, angústia, aflição e sentimento de impotência por todo o ocorrido, o dano moral restou configurado em razão da perda do tempo útil de vida, por parte da autora-consumidora, a qual foi obrigada a alterar a rotina diária e tudo que havia planejado para cuidar de direito seu indevidamente lesado.

Bem por isso, a hipótese dos autos não se caracterizou como mero aborrecimento, ou fato que deve ser suportado pelo homem médio como decorrência dos contratempos do cotidiano.

Ao revés, a conduta da apelada, nos moldes delineados, implica constrangimento à esfera moral da consumidora, que suportou mais que mero dissabor.

Acesso ao Sumário

Decorre da singela observação da realidade, a percepção da perturbação indevida advinda da demora na resolução de uma situação relativamente simples.

Nessa ambiência, não há como se negar os sentimentos de angústia, impotência e desrespeito sofridos pela autora. Houve, assim, violação à paz de espírito da demandante - bem da personalidade.

Marque-se que a questão de a violação à paz de espírito da pessoa ter potencial para gerar dano moral, mais recentemente, acabou ganhando outra roupagem teórica - a teoria do desvio produtivo.

A propósito, a Teoria do Desvio Produtivo, que vem sendo reiteradamente aplicada pelos Tribunais Pátrios nas hipóteses de recalcitrância dos fornecedores de produtos e serviços em dar solução adequada e em tempo razoável às justas reclamações formuladas pelos consumidores.

O entendimento ora exposto está em consonância com a exegese adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos AREsp 1.260.458/SP, 3ª T., rel. Min. MARCO AURELIO BELLIZZE, j. 25.04.2018; AREsp 1.241.259/SP, 4ª T., rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 27.03.2018; AREsp 1.132.385/SP, 3ª T., rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 03.10.2017; e REsp 1.634.851/RJ, 3ª T., relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, j. 12.09.2017.

Averbe-se que prevalece nesta C. 34ª Câmara o entendimento de que o tempo desperdiçado pelo consumidor na tentativa de solucionar problemas gerados pelo próprio fornecedor constitui dano indenizável. Nesse sentido:

> "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TRANSPORTE AÉREO. CANCELAMENTO DE VOO EM RAZÃO DOS EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19. HIPÓTESE EM QUE A AUTORA CUMPRIU O DISPOSTO NO ART. 3º DA LEI Nº 14.034/2020, OPTANDO PELO REEMBOLSO DO VALOR PAGO DENTRO DO PRAZO LEGAL ESTABELECIDO. VERIFICAÇÃO DE QUE A EMPRESA DECOLAR ATUOU COMO VENDEDORA DE PASSAGENS AÉREAS E, NA QUALIDADE DE INTERMEDIÁRIA, RESPONSABILIZA-SE SOLIDARIAMENTE PELA INTEGRAL EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS OFERECIDOS, CONFORME DISPOSTO NO ART. 7º, § ÚNICO, ART. 14 e ART. 25, § 1º, TODOS DO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. EVIDENCIADOS O TRANSTORNO E O SENTIMENTO DE IMPOTÊNCIA POR TODO O OCORRIDO, ALÉM DA PERDA DO TEMPO ÚTIL DE VIDA POR PARTE DA CONSUMIDORA PARA CUIDAR DE DIREITO SEU INDEVIDAMENTE LESADO. VALOR DA CONDENAÇÃO MANTIDO. ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO, DO CÔMPUTO DOS JUROS LEGAIS DE MORA, OS QUAIS INCIDIRÃO A PARTIR DA CITAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 405 DO CÓDIGO CIVIL. Recurso de apelação improvido, com observação, de ofício, sobre o termo inicial de incidência dos juros de mora" (Apelação Cível 1004762-

Acesso ao Sumário

03.2021.8.26.0068; Relator (a): Cristina Zucchi; j. 07/04/2022)

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS MORAIS – Transporte aéreo – Intermediária de venda de passagem (Viajanet) que responde solidariamente pela má prestação dos serviços pela cia. aérea, nos termos dos artigos 7º, parágrafo único, 14 e 34, do Código de Defesa do Consumidor – Autores que remarcaram passagem aérea, em razão das restrições causadas pela pandemia Covid-19 – Ré que simplesmente cancelou a data já remarcada, sem avisar os consumidores, ou mesmo trazer qualquer justificativa – Falha na prestação dos serviços evidenciada – Reembolso integral da quantia despendida das passagens aéreas que se impõe – Indenização por danos morais devida – Valor reparatório a título de danos morais que observou os critérios de significância, razoabilidade e proporcionalidade – Sentença mantida – Recurso improvido" (Apelação Cível 1017116-94.2020.8.26.0068; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: j. 11/08/2021)

Não é diferente o posicionamento que vem sendo adotado também por outras Câmaras deste E. Tribunal de Justiça bandeirante: Apelação nº 1042362-33.2019.8.26.0002 - Voto nº 37.422 - 27ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. CAMPOS PETRONI, j. 06/07/2020; Apelação nº 1045415-69.2018.8.26.0224 - Voto nº 34.373 - 34ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. GOMES VARJÃO, j. 02/07/2020; Apelação nº 1002673-61.2019.8.26.0008 - Voto nº 17.673 - 22ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. HÉLIO NOGUEIRA, j. 22/06/2020).

Crave-se, porque oportuno, que não mereceria acolhida a tese de que tais danos não foram comprovados, eis que o prejuízo em questão é considerado *in re ipsa*, dispensando específica comprovação.

Acerca do assunto, explica CARLOS ALBERTO BITTAR que o dano moral decorre do simples fato da violação, sendo desnecessária a prova de prejuízo em concreto, pois:

"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 iuris et de iure, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova do dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração que sofreu, realmente, o dano moral alegado" (Reparação Civil por Danos Morais, Ed. RT, 1993, pp. 202-205).

Houve, pois, concreta afronta a núcleo essencial de proteção conferida pelo ordenamento, não se tratando de mero dissabor ou incômodo, restando configurados os danos morais na hipótese.

Do *quantum* indenizatório

Acesso ao Sumário

Noutro vértice, a teor do artigo 944, *caput*, do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano. No caso de prejuízo moral, os parâmetros a serem considerados no arbitramento são: o grau de culpa do ofensor, a extensão do prejuízo ou a intensidade do sofrimento da vítima e a situação econômico-financeira das partes.

Acresça-se ainda, como balizamento geral, a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acerca do assunto, aclara SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *verbis*:

> "[...] após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar- se fonte de lucro indevido (...) o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais" (Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Malheiros, 5ª ed., 2003, p. 109).

Por fim, não se discute que a parte mais árdua de ações tais é o encontro do justo arbitramento.

À mingua de parâmetros legais e tendo em mente as peculiaridades do caso concreto, tenho que a quantia arbitrada em R$ 5.273,50 coincide com a fixação em hipóteses semelhantes, mostrando-se adequada e proporcional à reparação civil.

O referido montante, portanto, é razoável e apto a compensar a lesão moral infringida, sendo que não proporcionará enriquecimento indevido e exagerado à apelada e, ainda, é capaz de impor punição à recorrente, mormente na direção de evitar atuação reincidente.

Objetivamente inviável, pois, qualquer alteração no r. julgado de primeiro grau.

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

Acrescente-se que, nos termos do artigo 85, §11, do CPC e, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, os honorários advocatícios devem ser majorados para 17% do proveito econômico auferido pela consumidora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003169-

85.2022.8.26.0008, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A., é apelado JURACI DAVID DOS SANTOS.

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 50.381)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2022.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Interposição contra sentença que julgou procedente a ação de rescisão contratual c.c. restituição de valores pagos e declaração de inexigibilidade de valores. Compra e venda de móveis planejados. Legitimidade passiva do banco confirmada. Contratos de compra e venda e de financiamento coligados. Responsabilidade solidária. Extensão ao banco quanto à responsabilidade pela condenação imposta na sentença. Honorários advocatícios majorados nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil. Sentença mantida.

Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 478/484) interposta por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A contra a sentença (fls. 468/472) proferida pelo MMº. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, que julgou procedente a ação de rescisão contratual c.c. restituição de valores pagos e declaração de inexigibilidade de valores, ajuizada por Juraci David dos Santos contra ela e Massa Falida de Indian Ebony Comércio de Móveis do Brasil Ltda. – Millo Comércio de Móveis do Brasil Ltda.. Inconformada, afirma que agiu como mero agente financeiro, não se responsabilizando pela fabricação, entrega ou vícios do produto adquirido. Aduz que não pode ser responsável por suposta quebra do contrato de compra e venda, vez que tão-somente ofertou meios monetários para a transação entre autor e lojista. Reforça que o vício não estava na operação de crédito ou na prestação do serviço da financeira. Colaciona precedentes. Insiste na inexistência de ato ilícito e discorre sobre a boa-fé na

Acesso ao Sumário

conduta. Postula o provimento da apelação.

Juraci David dos Santos apresentou contrarrazões, manifestando-se, em síntese, pelo não provimento do recurso (fls. 490/506).

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 582/585 pelo não provimento do recurso.

É a essência do relatório.

De início, convém anotar que a empresa ré Massa Falida de Millo Comércio de Móveis do Brasil Ltda. mostrou-se conformada com a sentença, ao passo em que não interpôs apelação.

A questão devolvida a esta instância diz respeito à legitimidade e à responsabilidade solidária da instituição financeira.

Pois bem.

Não há falar em ilegitimidade passiva do banco.

A compra e venda dos móveis planejados realizou-se através de financiamento realizado junto ao apelante, o que faz com que os contratos estejam vinculados, já que a rescisão de um refletirá no outro.

A tese de que o contrato firmado com o apelante em nada se relacionaria com a transação comercial entre o autor e a corré e, ainda, que se tratariam de duas relações contratuais diversas, não prospera.

Ora, isto porque cuidam-se de contratos coligados, o que implica numa análise contextualizada, e não de forma isolada. O contrato juntado aos autos às fls. 26/38 destaca a triangulação existente entre as partes: *O cliente declara-se ciente que a SIM Sistema Integral de Móveis Ltda. poderá ceder o crédito decorrente da operação da venda parcelada, efetuada nesta data descrita neste pedido, para uma Financeira (adquirente/Cessionária de Crédito), a qual ficará sub-rogada em todos os direitos da cedente inclusive o de receber o valor das parcelas nas datas avançadas, através de qualquer meio de pagamento que tenha sido indicado pelo cliente e aceito pela cedente* (fls. 28).

Ficou claramente comprovada a triangulação entre autor e corréus, portanto, para o atingimento dos fins colimados. Um contrato só se realizou diante da existência do outro e com conhecimento das partes, daí a solidariedade ora reconhecida, para os efeitos nela indicados.

É certo que a relação consumerista se mostra presente entre as partes, na medida em que figuram, por um lado e como prestadores de seus respectivos serviços os corréus e, por outro, como consumidor final de tais serviços o autor, nos termos do que estabelecem os artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, restou incontroverso que o autor adquiriu os móveis planejados das corrés, porém, foi surpreendido com a informação de diversos atrasos em

Acesso ao Sumário

entregas por parte das empresas, inclusive com a informação da recuperação judicial, e o reconhecimento expresso de que não possuem condições de produzir e entregar os móveis.

Vale ressaltar e repetir que a empresa ré se mostrou conformada com a declaração de rescisão do contrato originário.

A responsabilidade do banco apelante diante dos contratos coligados é inequívoca, conforme supramencionado, de forma que resta mantida a rescisão contratual com a consequente condenação de todos, inclusive do banco apelante, solidariamente, à devolução dos valores pagos, nos limites da sentença, com a ressalva de que o banco poderá, caso queira, ajuizar ação regressiva contra aquele que entender parte legítima.

Destarte, a apelação não comporta provimento, encontrando-se acertada a sentença proferida em primeira instância. Impõe-se a majoração dos honorários advocatícios aos patronos do autor em 2%, em relação à instituição financeira apelante, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001143-42.2021.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que são apelantes GUSTAVO REBUSTINI AUGUSTINHO (JUSTIÇA GRATUITA) e TATIANA CRISTINA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CARGILL AGRICOLA 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.263)**

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

São Paulo, 19 de janeiro de 2023.

GILSON DELGADO MIRANDA, Relator

Ementa: DANO MORAL. Ingestão de produto impróprio para consumo. Responsabilidade da ré caracterizada no caso concreto. Dano moral configurado. Indenização arbitrada com observância aos princí-

Acesso ao Sumário

pios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 150/151, cujo relatório adoto, complementada a fls. 157 (embargos de declaração), proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Jaú, Dr. Waldemar Nicolau Filho, que julgou improcedente a pretensão inicial, nos termos do artigo 487, inciso I, segunda parte, do Código de Processo Civil. Não houve condenação dos coautores ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, em razão da concessão do benefício da gratuidade da justiça.

Segundo os apelantes, coautores, a sentença deve ser modificada para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais e do ônus sucumbencial. Alternativamente, pleiteia "seja a mesma remetida a vara de origem para realização das perícias solicitadas e ignoradas pelo magistrado". Sustenta que "colocar em risco a saúde de alguém é passível a reparação, não necessariamente precisando a pessoa ter graves problemas de saúde ou ser levada a óbito para que seja indenizado essa GRAVE FALHA cometida pela empresa" (fls. 160/167).

Recurso tempestivo, isento de preparo (fls. gratuidade de justiça – fls. 33) e respondido (fls. 171/183).

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

Esse é o relatório.

Trata-se de ação indenizatória proposta por Gustavo Rebustini Augustinho e Tatiana Cristina de Oliveira Augustinho em face de Cargil Agrícola S/A. Segundo consta, o coautor adquiriu molho de tomate da marca "Tarantella", produto fabricado pela ré. No mesmo dia, ele e a sua esposa (coautora), que na época encontrava-se gestante, utilizaram metade do conteúdo do produto, realizando um pequeno corte na ponta da embalagem. Posteriormente, dobraram a parte superior da embalagem para que a incisão ficasse totalmente vedada, colocaram um prendedor e, por fim, conservaram o restante do produto na geladeira. No dia seguinte, decidiram utilizar o restante do produto no preparo de um molho de macarrão. Ao derramarem parte do molho de tomate na panela, observaram juntamente ao produto um líquido de coloração escura com pequenos sedimentos da mesma coloração. Verificaram um peso anormal para a quantidade de molho de tomate presente ainda na embalagem e, assim, decidiram abri-la totalmente para checar o restante do conteúdo. Nesse momento, encontraram um corpo estranho no fundo da embalagem, de péssimo odor e que,

Acesso ao Sumário

pelo tamanho e características, acreditam ser um rato.

Em defesa, a ré sustenta que os métodos de produção utilizados são seguros, aduzindo que é público e notório que suas unidades se valem dos mais modernos equipamentos de controle de qualidade. Afirma que os coautores não armazenaram o conteúdo do produto na forma indicada pela fabricante. Alega a inexistência de nexo de causalidade do dano apontado pelos coautores e a conduta da ré, uma vez que o vício de qualidade do produto é decorrente da má conservação do produto.

Feita essa necessária e sucinta digressão, passo a analisar o recurso interposto e digo, desde logo, que ele **merece provimento**.

Em primeiro lugar, entendo que os fatos alegados na inicial estão suficientemente demonstrados, inexistindo, no caso concreto, qualquer excludente de responsabilidade da ré.

Com efeito, as fotos juntadas a fls. 28/31, que não foram infirmadas ou impugnadas pela ré, revelam que um corpo estranho, semelhante a um roedor, foi retirado do interior da embalagem de molho de tomate produzido pela ré.

Conforme exposto acima, a ré não questiona a existência dos vícios alegados pelos coautores, mas os atribuí à forma de armazenamento do produto.

De fato, aponta a ré que, "considerando que a Autores armazenou o produto em sua própria embalagem, em desconformidade com as recomendações do fabricante, é nítido que a alegada contaminação do molho atomatado se deu por conduta da própria Autores, inclusive, nos termos de inicial, não se constatou qualquer anormalidade quando ingeriu o produto" (fls. 94).

E mais: afirma que "tendo sido demonstrada, de forma inequívoca, a impossibilidade de contaminação do produto durante o processo de fabricação que é totalmente automatizado e dispõe de rigorosos processos de controle de qualidade e segurança dos alimentos, não restam dúvidas de que a contaminação da polpa de tomate TARANTELLA objeto desta lide se deu por má conservação do produto, conforme aduzido acima, fato este que constitui uma excludente de responsabilidade da Ré, nos termos do artigo 12, § 3º, III, do CDC" (fls. 96).

No entanto, merece acolhida a alegação formulada pela parte autora de impossibilidade de o corpo estranho ter entrado na embalagem enquanto o produto estava na residência dos apelantes, uma vez que "o corte feito para sua utilização era muito menor do que o corpo encontrado em seu interior, além disso, a embalagem foi completamente fechada e guardada em um local de impossível acesso para o corpo estranho" (fls. 164).

Nesse contexto, no meu sentir, embora não existam imagens do exato momento do consumo do produto pelos coautores (o que, diga-se, não seria razoável exigir dos consumidores), força reconhecer que as alegações iniciais são verossímeis. Ou seja, diante do acervo probatório coligido nos autos, existe

Acesso ao Sumário

forte grau de veracidade na afirmação de que os coautores ingeriram alimento impróprio para o consumo, expondo-se a risco concreto de lesão à sua saúde e à sua incolumidade física.

Em segundo lugar, patente a relação consumerista entre as partes, impossível afastar a responsabilidade civil da ré pelos danos sofridos pela autora.

Como se sabe, o Código de Defesa do Consumidor deu cumprimento ao mandamento do artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, que inclui, entre os direitos fundamentais no Brasil, A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR; e o mandamento do artigo 170 da Constituição Federal, que considera princípio de ordem econômica brasileira a defesa do consumidor.

Assim, "é da Constituição Federal de 1988, por exemplo, que emanam hoje os princípios basilares a serem seguidos pelas leis inferiores e as linhas éticas de conduta que determinarão, em última análise, a coerência do sistema e a elaboração e interpretação das outras leis. É o que o mestre alemão Hesse denominou 'força normativa da Constituição', força determinante do conteúdo das futuras leis, força transfiguradora, força modificadora das leis anteriores recebidas no novo sistema, força determinante da interpretação 'conforme a Constituição' (verfassungsmäßige Auslegung) das leis anteriores" (Cláudia Lima Marques, "A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor – Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais", Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Setembro/Dezembro de 1992, Ed. RT, Revista de Direito do Consumidor n. 3, p 182).

Nesse passo, o Código de Defesa do Consumidor reconhece como direitos básicos do consumidor: a) a proteção de sua vida, saúde e segurança; b) a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais sofridos no mercado (artigo 6º, incisos I e VI).

A reparação dos danos, pelo fornecedor, deve ser sempre efetiva (artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor), isto é, adota-se o princípio da indenização integral, somado ao princípio da socialização dos custos da reparação, imputando, nesse particular, a responsabilidade de maneira objetiva ao agente econômico que terá melhores condições de diluir os custos. A respeito: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Leis Civis Comentadas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 189.

De fato, o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos aos produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor).

Na espécie, como já visto, os coautores demonstraram satisfatoriamente vício do produto e a ré não comprovou nenhuma causa excludente de responsabilidade que pudesse romper o nexo de causalidade.

Acesso ao Sumário

Em terceiro lugar, os danos morais restaram caracterizados no caso em tela.

Como se sabe, "dano moral, exatamente porque moral, dispensa sua demonstração. Afere-se se segundo o senso comum do homem médio" (TJSP, Apelação n. 0520144-89.2010.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 24-08-2012, rel. Des. Júlio Vidal). É essa a orientação atual do próprio Superior Tribunal de Justiça: em se tratando de dano moral, "a responsabilização do agente opera-se por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova concreta do prejuízo" (STJ, Informativo de Jurisprudência n. 404, período de 24 a 28 de agosto de 2009).

Mesmo porque, sem dúvida, **"a disponibilização de produto considerado impróprio para consumo** em virtude da presença de objeto estranho no seu interior **afeta a segurança que rege as relações consumeristas na medida que expõe o consumidor a risco de lesão à sua saúde e segurança e, portanto, dá direito à compensação por dano moral"** [grifei] (STJ, AgRg-REsp. n. 1.380.274-SC, 3ª Turma, j. 10-05-2016, rel. Min. João Otávio de Noronha).

Nesse sentido, não obstante a argumentação deduzida pela apelada, destaca-se o entendimento pacificado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a simples presença de corpo estranho dentro da embalagem do produto alimentício já expõe a risco concreto a saúde do consumidor, ensejando, assim, dano moral presumido:

> "RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE ALIMENTO (PACOTE DE ARROZ) COM CORPO ESTRANHO (CONGLOMERADO DE FUNGOS, INSETOS E ÁCAROS) EM SEU INTERIOR. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E INCOLUMIDADE FÍSICA E PSIQUÍCA. FATO DO PRODUTO. INSEGURANÇA ALIMENTAR. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL MESMO QUE NÃO INGERIDO O PRODUTO.
>
> 1. Ação ajuizada em 11/05/2017. Recurso especial interposto em 24/07/2020 e concluso ao gabinete em 13/11/2020.
>
> 2. O propósito recursal consiste em determinar se, na hipótese dos autos, caracterizou-se dano moral indenizável em razão da presença de corpo estranho em alimento industrializado, que, embora adquirido, não chegou a ser ingerido pelo consumidor.
>
> 3. A Emenda Constitucional nº 64/2010 positivou, no ordenamento jurídico pátrio, o direito humano à alimentação adequada (DHAA), que foi correlacionado, pela Lei 11.346/2006, à ideia de segurança alimentar e nutricional.

Acesso ao Sumário

4. Segundo as definições contidas na norma, a segurança alimentar e nutricional compreende, para além do acesso regular e permanente aos alimentos, como condição de sobrevivência do indivíduo, também a qualidade desses alimentos, o que envolve a regulação e devida informação acerca do potencial nutritivo dos alimentos e, em especial, o controle de riscos para a saúde das pessoas.

5. Nesse sentido, o art. 4º, IV, da Lei 11.346/2006 prevê, expressamente, que a segurança alimentar e nutricional abrange "a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos".

6. Ao fornecedor incumbe uma gestão adequada dos riscos inerentes a cada etapa do processo de produção, transformação e comercialização dos produtos alimentícios. Esses riscos, próprios da atividade econômica desenvolvida, não podem ser transferidos ao consumidor, notadamente nas hipóteses em que há violação dos deveres de cuidado, prevenção e redução de danos.

7. A presença de corpo estranho em alimento industrializado excede aos riscos razoavelmente esperados pelo consumidor em relação a esse tipo de produto, sobretudo levando-se em consideração que o Estado, no exercício do poder de polícia e da atividade regulatória, já valora limites máximos tolerados nos alimentos para contaminantes, resíduos tóxicos outros elementos que envolvam risco à saúde.

8. Dessa forma, à luz do disposto no art. 12, caput e § 1º, do CDC, tem-se por defeituoso o produto, a permitir a responsabilização do fornecedor, haja vista a incrementada e desarrazoada insegurança alimentar causada ao consumidor.

9. Em tal hipótese, o dano extrapatrimonial exsurge em razão da exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e à sua incolumidade física e psíquica, em violação do seu direito fundamental à alimentação adequada.

10. É irrelevante, para fins de caracterização do dano moral, a efetiva ingestão do corpo estranho pelo consumidor, haja vista que, invariavelmente, estará presente a potencialidade lesiva decorrente da aquisição do produto contaminado.

11. Essa distinção entre as hipóteses de ingestão ou não do alimento insalubre pelo consumidor, bem como da deglutição do próprio corpo estranho, para além da hipótese de efetivo comprometimento de sua saúde, é de inegável relevância no momento da quantificação da indenização, **não surtindo efeitos, todavia, no que tange à caracterização, a priori, do dano moral.**

12. Recurso especial conhecido e provido" [grifei] (STJ, REsp n.

Acesso ao Sumário

1.899.304-SP, 2ª Seção, j. 25-08-2021, rel. Ministra Nancy Andrighi).

No que concerne à fixação do "quantum debeatur" da indenização dos danos morais, como é cediço, não existem critérios fornecidos pela lei. Nesse vértice, a jurisprudência aponta alguns indicativos que podem servir de parâmetros na fixação do valor de indenização.

Esclarecedor sobre o tema é o precedente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o qual "o arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso" (STJ, REsp n. 173.366-SP, 4ª Turma, j. 03-12-1998, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Assim, atento aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, tendo em conta as circunstâncias que envolveram o fato, as condições pessoais e econômico-financeiras dos envolvidos, assim como o grau da ofensa moral e a preocupação de não permitir que se transforme em fonte de renda indevida do ofendido, bem como não passe despercebido pela parte ofensora, consistindo, destarte, no necessário efeito pedagógico de evitar futuros e análogos fatos, entendo justo arbitrar o valor de **R$ 3.000,00 para o coautor e R$ 3.500,00 para a coautora**, com correção monetária pela Tabela Prática de Atualizações do TJSP a partir desta data (Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça) e juros de mora de 1% ao mês desde a citação (artigo 240 do Código de Processo Civil), valores esses consentâneos com o patamar usualmente adotado nesta Câmara em casos análogos e com as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial considerando que a coautora encontrava-se gestante no momento dos fatos narrados na exordial (fls. 23/27) e que ambos os coautores não experimentaram dano à sua integridade física.

À vista dessas considerações, a sentença deve ser reformada para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de **R$ 3.000,00 para o coautor e R$ 3.500,00 para a coautora**, com correção monetária pela Tabela Prática de Atualizações do TJSP a partir desta data (Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça) e juros de mora de 1% ao mês desde a citação (artigo 240 do Código de Processo Civil).

Diante da sucumbência integral caracterizada, especialmente considerando o enunciado da Súmula n. 326 do Superior Tribunal de Justiça, condeno a parte ré ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios do patrono da parte autora, arbitrados em **20% do valor total da condenação**, na forma do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, valor

Acesso ao Sumário

que remunera adequadamente o advogado considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para tanto.

Posto isso, **dou provimento** ao recurso, nos moldes indicados alhures.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004725-25.2020.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante DECOLAR.COM LTDA., é apelado CLODOALDO FERNANDES JUNIOR.

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 26.806)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELÓI ESTEVÃO TROLY (Presidente) e JAIRO BRAZIL.

São Paulo, 24 de janeiro de 2023.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO CONDENATÓRIA – relação de consumo – prestação de serviço – ré que vendeu passagens aéreas viagem que seria realizada para a Itália em período coincidente com a declaração de pandemia do coronavírus, que acarretou a quarentena imediata no país europeu – cancelamento da passagem – pedido de reembolso pelo autor – ré que alega ilegitimidade passiva pois atua apenas como intermediadora – alegação de que cabe à companhia aérea realizar o reembolso – impossibilidade – art. 7º, p. único, CDC – solidariedade na cadeia de consumo – cancelamento das passagens que foi comprovado pelo autor e diversas mensagens emitidas pela ré informando quando seria feito o reembolso, que nunca ocorreu – relação jurídica que se estabeleceu entre o autor e a ré, não entre o autor e a companhia aérea – reembolso integral devido – caso a ré entende pertinente, poderá acionar a companhia aérea para obter o ressarcimento, mas deve resolver o problema causado ao consumidor sem

Acesso ao Sumário

delongas – dano moral reconhecido – indenização arbitrada em R$ 5.000,00 e mantida, ausente qualquer justificativa para exclusão ou redução – sentença mantida – honorários majorados de ofício – recuso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso à r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba, Dr. Rogério Sartori Astolphi, que nos autos da ação condenatória movida pelo apelado contra a apelante, julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento das indenizações estabelecidas nos itens 6 e 7 (dano material e dano moral) com as atualizações. Condenou a ré ao pagamento de custas, despesas e honorários fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Recorre a ré e busca a reforma da sentença.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

Narra a inicial que o autor adquiriu junto à primeira ré Decolar.com para si e para sua companheira, bem como para um casal de amigos, quatro passagens aéreas somente para o trecho de ida com embarque no dia 25/03/2020 de Guarulhos/SP para Roma, pelo valor total de R$ 4.199,80 a ser pago em dez parcelas por meio de seu cartão de crédito.

Adquiriu junto à segunda ré MaxMilhas as quatro passagens para o trecho de volta com embarque no dia 09/04/2020 em Milão com destino a Guarulhos, pelo valor de R$ 5.884,90 parcelados em dez vezes em seu cartão de crédito.

Prossegue narrando que o itinerário contratado previa passagem em Roma, Florença, Veneza, Munique e por fim em Verona.

Em 07/03/2020 o governo da Itália decretou quarentena no país em razão da pandemia do coronavírus, o que inviabilizou a viagem programada.

Diante disso, desde 02/03/2020 o autor vem tentando cancelar as passagens adquiridas e obter o reembolso.

Obteve da Decolar.com a informação de que entraria em contato com a companhia aérea e só isso.

A companhia aérea aprovou o reembolso, mas a ré se recusa a devolver os valores.

Já a MaxMilhas informou que para o cancelamento seriam cobradas taxas no total de R$ 4.194,42.

Alega que tentou o cancelamento imediatamente após saber que não poderia realizar a viagem e, mesmo assim, não obteve retorno satisfatório por parte

Acesso ao Sumário

das rés.

Afirma que se trata de relação de consumo e que a pandemia isolou a Itália, país europeu que representou o maior foco de infecções, sendo tal fato imprevisível no momento da aquisição das passagens.

Pede a rescisão dos contratos e a suspensão das cobranças das parcelas ainda a vencer.

Também pede a declaração de nula de qualquer cláusula de cobrança de multa pelo cancelamento das passagens, além do ressarcimento dos valores pagos a serem apurados em liquidação.

Em emenda, incluiu o pedida de reconhecimento do dano moral.

Requer a procedência.

Em contestação (fls. 136/160 com cópia a fls. 181/205) a ré Decolar.com reconhece os efeitos da pandemia, porém afirma que a legislação vigente para a situação excepcional confere o direito das empresas à disponibilização de créditos para a remarcação do voo no prazo de doze meses, sem isentar o consumidor do pagamento de taxas e, ainda, fixou o prazo de doze meses para eventuais reembolsos.

Afirma sua ilegitimidade passiva pois atua apenas na intermediação entre os consumidores e os fornecedores.

Também alega a falta de interesse do autor ante a ausência de pedido prévio administrativo.

No mérito, afirma a excludente de responsabilidade ante a culpa exclusiva de terceiro.

Alega que o reembolso foi totalmente realizado pela companhia aérea antes do prazo legal vigente.

Refuta a alegação de dano moral e requer a improcedência.

O autor pediu a exclusão da MaxMilhas do polo passivo (fls. 101) o que foi deferido (fls. 102).

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento das indenizações estabelecidas nos itens 6 e 7 (dano material e dano moral) com as atualizações. Condenou a ré ao pagamento de custas, despesas e honorários fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Apelação da ré (fls. 280/289).

Contrarrazões do autor (fls. 296/306).

Em suas razões, a apelante reitera acerca de sua ilegitimidade passiva, pois é apenas intermediadora, sendo que a companhia aérea é a única que pode responder pelos fatos.

Reafirma que não há qualquer dever de indenizar, sendo que apenas a companhia aérea deve ser responsabilizada.

Acesso ao Sumário

Também refuta a alegação de dano moral e requer a exclusão da condenação ou, ao menos, a redução do *quantum*.

Requer a reforma.

Em contrarrazões, o autor requer a manutenção da sentença.

É o necessário.

Com efeito, a ação versa sobre eventual falha de serviço provocada pela ré, intermediadora na venda de passagens e pacotes de viagem, tendo em vista o cancelamento necessário da viagem adquirida pelo autor em razão da pandemia do coronavírus, que acabou isolando o país para o qual havia se programado.

Inicialmente a ação foi proposta contra duas rés: Decolar.com e MaxMilhas.

O autor informou, ainda na fase de emenda, que a MaxMilhas havia então providenciado o ressarcimento dos valores e requereu a exclusão da empresa do polo passivo, o que foi atendido.

Restou a Decolar.com que acabou por ficar vencida na demanda e apresenta seu recurso, cujo limite objetivo é a alegação de ilegitimidade passiva e ausência de dano material ou de dano moral a serem indenizados.

Com relação à ilegitimidade passiva, sem qualquer razão.

Conforme o art. 7º, p. único do CDC, todos os fornecedores da cadeia de consumo são solidários em caso de reparação de danos decorrentes do serviço prestado e aqui não é diferente.

Confira-se o entendimento deste Tribunal e da Câmara:

AÇÃO INDENIZATÓRIA – TRANSPORTE AÉREO – ATRASO DE VOO – DECOLAR.COM – INTERMEDIADORA NA VENDA DOS BILHETES – LEGITIMIDADE PASSIVA – RECONHECIMENTO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 14 DA LEI 8.078/90 VOO DOMÉSTICO – PORTO ALEGRE/SÃO PAULO – RÉ GOL LINHAS AÉREAS – ATRASO – ALEGAÇÃO – manutenção emergencial DA AERONAVE – autora – chegada ao destino – 13 HORAS APÓS – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RECONHECIMENTO – RÉ – NÃO FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ATÉ O NOVO EMBARQUE – FALTA DE ASSISTÊNCIA MATERIAL. DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – FATO – OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE – INDENIZAÇÃO – VALOR – JUÍZO – FIXAÇÃO – MAJORAÇÃO – CABIMENTO – RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – ART. 8º DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – BALIZAMENTO – ART. 85, 2º, DO CPC – SENTENÇA – FIXA-

Acesso ao Sumário

ÇÃO – PATAMAR MÍNIMO – ELEVAÇÃO – POSSIBILIDADE. APELO AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO E DAS RÉS NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1008802-67.2021.8.26.0637; Relator (a): Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/07/2022; Data de Registro: 04/07/2022)

ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" – Polo passivo – Ação de indenização por danos materiais e morais – Intermediação de compra e venda de passagens aéreas – Serviço que pressupõe suporte integral a ser prestado pela intermediadora junto ao cliente em relação ao fornecedor contratado (companhia aérea) – Responsabilidade solidária da intermediadora e da transportadora aérea por eventual falha na prestação dos serviços Art. 7º, parágrafo único; art. 14 e art. 25, § 1º, todos do CDC – Legitimidade passiva da DECOLAR.COM LTDA. reconhecida. RESPONSABILIDADE CIVIL Transporte aéreo nacional – Cancelamento do voo inicialmente contratado, em razão de readequação de malha aérea, sequer comprovada – Orientação para remarcação que não foi disponibilizada pelo site da ré – Falha na prestação do serviço – Dever de indenizar configurado – Dano moral – Valor – Fixação em R$5.000,00 – Manutenção – Observância dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, bem ainda dos parâmetros da jurisprudência – RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1008296-18.2021.8.26.0047; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Assis – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/06/2022; Data de Registro: 03/06/2022)

APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VOO CANCELADO EM RAZÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 DURANTE O PERÍODO EM QUE O AUTOR ESTAVA FORA DO PAÍS. OFERTA DE ACOMODAÇÃO EM VOO COM PARTIDA TRÊS MESES APÓS A DATA DE RETORNO ORIGINALMENTE PROGRAMADA. RESPONSABILIDADE DA DECOLAR.COM RECONHECIDA. INTERMEDIADORA QUE RESPONDE SOLIDARIAMENTE POR INTEGRAR A CADEIA DE FORNECIMENTO. EVIDENCIADA A FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DEVER DE OFERTAR ACOMODAÇÃO EM PRAZO RAZOÁVEL SEM COBRANÇA DE TAXAS ADICIONAIS. DANO MATERIAL COMPROVADO E NÃO IMPUGNADO PELA PARTE CONTRÁRIA. DANO MORAL CARACTERIZA-

Acesso ao Sumário

DO. INDENIZAÇÃO RAZOAVELMENTE ARBITRADA EM R$ 10.000,00. SENTENÇA CONFIRMADA. – RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1006258-51.2020.8.26.0020; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/08/2021; Data de Registro: 13/08/2021)

INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CORRÉ DECOLAR.COM. Não ocorrência. Relação de consumo. Responsabilidade solidária de todos aqueles que participaram da cadeia de consumo. Corré que participou como intermediadora do negócio aéreo entabulado entre as partes e deve responder pelos danos reclamados na pretensão posta em juízo. DANOS MATERIAIS. Ocorrência. Prejuízo demonstrado. Dever de ressarcimento, excluídos, porém, os itens que não se vinculam à ação ou omissão das rés, por ausência de nexo causal. DANO MORAL. Ocorrência. Dano "in re ipsa". "Quantum" indenizatório fixado pela r. sentença (R$ 5.000,00 para cada autor) mantido, em atenção em atenção às circunstâncias do caso e em consideração ao caráter punitivo da medida, ao poderio econômico das rés e aos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade. Quantia que proporciona justa indenização pelo mal sofrido, sem se tornar fonte de enriquecimento ilícito. Sentença mantida. Apelação não provida.

(TJSP; Apelação Cível 1000071-70.2019.8.26.0114; Relator (a): JAIRO BRAZIL; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/11/2020; Data de Registro: 12/11/2020)

Não se discute, pois, a responsabilidade da ré.

Com relação ao dano material, o autor alegou que adquiriu para si e para sua companheira, bem como para um casal de amigos, quatro passagens aéreas somente para o trecho de ida com embarque no dia 25/03/2020 de Guarulhos/SP para Roma, pelo valor total de R$ 4.199,80 a ser pago em dez parcelas por meio de seu cartão de crédito.

O documento de fls. 12/15 comprova a aquisição das quatro passagens aéreas nos termos indicados.

A fls. 60/67 está a comprovação do fato público e notório de que a Itália entrou em quarentena logo após a declaração de pandemia feita pela Organização Mundial da Saúde, em março de 2020.

A companhia aérea contratada foi a TAP, que informou à Decolar.com que o voo havia sido cancelado (fls. 69/71).

Acesso ao Sumário

No mesmo documento consta a prova de que o autor informou à ré de que o voo de volta havia sido cancelado pela Latam e que não seria qualquer remarcação para o trecho de ida, razão pela qual pretendia o reembolso integral dos valores.

O documento de fls. 110/111 comprova que a ré realizou o cancelamento da reserva e que a companhia aérea não aplicou qualquer multa.

Ou seja, o cancelamento foi aprovado e, mesmo assim, seguiu sendo cobrado no cartão de crédito do autor.

Embora no e-mail a ré explique o reembolso seria feito pela companhia aérea, como já dito neste voto a relação entre as fornecedoras de serviço é solidária.

Assim, cabe à fornecedora escolhida pelo autor para figurar no polo passivo realizar o ressarcimento e, se for o caso, solicitar o reembolso junto à companhia aérea.

Isso é mais lógico ainda quando se observa que a relação jurídica contratual foi estabelecida de forma originária entre o autor e a ré, não entre o autor e a TAP.

O documento de fls. 116/127 informa que o reembolso ocorreria em até 120 dias por meio do meio utilizado para realizar a compra, ou seja, cartão de crédito.

Essa mesma mensagem foi enviada pela ré em 29/05/2020, 05/06/2020, 12/06/2020, 19/06/2020, 26/06/2020 e 03/07/2020.

A fls. 128, em mensagem enviada em 22/05/2020, a ré foi bem clara no sentido de que o reembolso ocorreria no mês de julho de 2020.

Realizou o reembolso da despesa administrativa no valor de R$ 137,12 (fls. 129/130) e só.

A fls. 249/252 a TAP confirmou ao autor que o cancelamento foi realizado, porém os valores indicados não correspondem ao gasto do autor com as passagens, o que não foi explicado por ninguém.

A ré insiste na alegação de que a responsabilidade cabe à companhia aérea.

Contudo, como já dito, a solidariedade legal obriga a que a ré resolva o problema do autor sem mais delongas e, se entender pertinente, acione os meios legais para obter o ressarcimento da companhia aérea, não havendo qualquer motivo justificável para estender essa relação processual para algo tão simples.

Com relação ao dano moral, está evidenciado já que o autor comprovou que obteve o cancelamento das passagens inclusive pela própria companhia aérea, tendo o direito ao reembolso integral que já deveria ter sido providenciado pela ré, tendo em vista que o prazo assinalado no art. 3º da Medida Provisória nº

Acesso ao Sumário

925/2020 convertida na Lei nº 14034/2020, art. 3º, caput, já decorreu há muito tempo.

Portanto houve evidente abuso na negativa da ré.

Os fatos danosos foram os já elencados neste voto e o direito da personalidade lesado é, justamente, a condição de consumidor, conforme previsão expressa no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, pois é certo que a defesa desse *pool* de direitos está inserida nas garantias fundamentais.

Não se pode olvidar que a *mens legis*, no caso da indenização por danos morais, abarca, a um só tempo, a necessidade de se impor uma sanção ao ofensor para evitar a reincidência, diminuindo-se o seu patrimônio, bem como da estipulação de um ressarcimento ao ofendido, de modo a atenuar o mal sofrido, vedado o enriquecimento ilícito.

Considerando tais premissas, a indenização arbitrada em R$ 5.000,00 se mostra adequada ao caso em exame, não havendo que se falar em excesso ou inexpressividade do *quantum* arbitrado e sem qualquer justificativa para a pretendida redução.

Portanto, fica mantida a sentença.

Majoram-se os honorários para 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1031935-49.2021.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes/apelados M.B.P.F. (MENOR REPRESENTADA) e A.P.P.F. (REPRESENTANDO MENOR), é apelado/apelante 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 da autora e negaram ao da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.260)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CÉSAR PEIXOTO (Presidente sem voto), WILSON LISBOA RIBEIRO e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 24 de janeiro de 2023.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE – Negativa de custeio de tratamento para "Transtorno do Espectro Autista" – Pleito cumulado com indenização por danos morais – Procedência parcial decretada, com afastamento do pleito reparatório – Abusividade reconhecida – Alegação da ré de que os tratamentos não constam do rol de procedimentos da ANS nem do contrato – Inadmissibilidade – Empresa prestadora de serviços de assistência médica que não pode interferir na indicação feita pelo médico – Aplicação de novas técnicas que decorrem da evolução da medicina, sendo exigível, para defesa do consumidor a especificação de não cobertura nos contratos – Pedido médico para realização desses tratamentos – Dever da ré de custear os tratamentos indicados à autora, sem limite de sessões, consoante prescrição médica e previsto no decisum – Dano moral – Cabimento – Recusa baseada em cláusula contratual que, ao tempo da propositura da ação, já era reconhecida como nula pelo entendimento pretoriano – Conduta que, assim, passou a gerar dano moral pelos dissabores e dificuldades trazidos ao consumidor prejudicado – Fixação da verba reparatória em R$ 10.000,00 que se mostra razoável para compensar o sofrimento moral suportado pela paciente – Recurso da autora provido, rejeitado o da ré.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 166/169 acrescento que a sentença julgou parcialmente procedente ação de preceito cominatório, cumulada com indenização por danos morais, condenando a ré a custear todo o tratamento indicado à autora, consistente em terapia ocupacional com integração sensorial, musicoterapia, hidroterapia, psicólogo método ABA e fonoaudiólogo ABA, sem limitação de sessões, consoante prescrição médica, afastando, no entanto, o pleito reparatório moral, fixando a verba honorária, de forma recíproca em 15% sobre o valor da causa (R$ 30.000,00 – fl. 8), observada a gratuidade processual concedida à autora.

Volta-se a autora contra a decisão deduzindo em suas razões recursais de fls. 175/178 que a negativa de cobertura lhe impôs razoável período sem tratamento, o que certamente implicou em prejuízo à sua saúde, sendo imperioso o reconhecimento dos danos morais.

Acesso ao Sumário

Já a ré apela sustentando, preliminarmente, nulidade do julgado por cerceamento de defesa uma vez que necessária a produção de prova pericial bem como encaminhamento de ofício ao Nat Jus para se apurar a evidência científica dos tratamentos solicitados e sua superioridade às terapias tradicionais. No mérito, alega que a recusa é lícita uma vez que os tratamentos não constam do rol de procedimentos obrigatórios da ANS, nem do contrato (fls. 182/200).

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 205/213 e 215/217. A D. Procuradoria manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls. 233/240).

2. Anoto, em primeiro lugar, que a preliminar de nulidade do julgado por cerceamento de defesa aventada pela ré confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

No mais, consta dos autos que a autora, por intermédio sua genitora, contratou plano de saúde junto à ré e que esta, dentre outras coisas, se obrigou a lhe oferecer tratamentos médicos e hospitalares.

Portadora de Transtorno do Espectro Autista foi indicado à autora acompanhamento multidisciplinar com sessões de terapia ocupacional com integração sensorial, musicoterapia, hidroterapia, psicólogo com método ABA e fonoaudiólogo ABA, com recusa da ré para cobertura da hidroterapia, musicoterapia e equoterapia, sob alegação de que esses tratamentos não constam do rol de procedimentos obrigatórios da ANS.

Analiso, em conjunto, os apelos ofertados.

Nesse passo, incabível a negativa de cobertura da ré uma vez que o tratamento foi prescrito como meio adequado e indispensável à tentativa de recuperação da higidez física do paciente, negando, pois, o próprio objetivo do contrato, o que não pode ser admitido, sendo certo, ainda, que não pode o consumidor ser excluído dos avanços da medicina.

Não deve ser admitida, ainda, a interferência da prestadora de serviços de assistência médica na indicação feita pelo médico que assiste a paciente (fl. 30), cabendo à empresa, se o caso, discutir a pertinência do protocolo indicado pelas vias próprias.

Anoto, ademais, que não se desconhece que o tema debatido neste processo foi recentemente analisado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos EREsps 1886929 e 1889704, que reconheceu que o rol de procedimentos previstos pela ANS é, em regra, taxativo. No entanto, o entendimento da Corte Superior além prevê, em situações excepcionais, a possibilidade de discussão judicial acerca da cobertura de procedimentos não arrolados, sendo este o caso dos autos.

Vale anotar, ademais, que a Lei 14.454/2022 derrubou o rol taxativo da ANS e ampliou a cobertura dos procedimentos a serem autorizados pelos planos

Acesso ao Sumário

de saúde, que deverão ser aceitos desde que haja eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; tenha recomendações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec); ou tenha recomendação de, no mínimo, um órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional.

Ademais, consta do relatório de fl. 30 que a autora *"apresenta o quadro clínico de Transtorno do Espectro Autista ... caracterizado por dificuldades de comunicação e interação social. Necessita do tratamento com Terapia Comportamental para autismo (ABA – Applied Behavior Analysis), associada a terapias de reabilitação com Fonoaudióloga e Terapia Ocupacional com Método de Integração Sensorial para a estimulação cognitiva e comportamental globais com plano terapêutico individualizado e sem tempo definido de término com os seguintes profissionais: 1 – Fonoaudióloga (ABA 2 vezes/semana – 2 horas); 2 – Psicóloga (ABA 4 vezes/semana – 4 horas); 3 – Terapia Ocupacional (Método de Integração Sensorial 2 vezes/semana – 2 horas); 4 – Hidroterapia (2x/semana); 5 – Musicoterapia (1x/semana); 6 – Equoterapia (1x/semana). Estas terapias visam o controle dos impulsos de rotina, treinamento de habilidades sociais, atividades vida diária, linguagem global, comportamentos de interesses restritos, com orientação e acompanhamento familiar. Com a interrupção dessas terapias haverá prejuízo ao progresso psicomotor e comportamental conquistado até o momento"*.

Além disso, caberia à ré demonstrar a ineficácia do tratamento, não bastando mera informação médica, não o fazendo, sendo obrigação da ré, assim, custear o tratamento indicado à autora, consistente em terapia ocupacional com integração sensorial, musicoterapia, hidroterapia, psicólogo método ABA e fonoaudiólogo ABA, sem limitação de sessões, consoante previsto no *decisum*, ante expressa indicação do médico que a assiste.

Quanto aos danos morais, não se pode negar os aborrecimentos decorrentes da incômoda situação pessoal da autora e da dificuldade da ré em dar imediato cumprimento ao contrato, sendo esses dissabores, por si só, ante a injustificada conduta da ré, suficientes para se deferir o direito à indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

Isto porque, não obstante as alegações da ré, fato é que, ainda que a recusa viesse, em um primeiro momento, amparada em cláusula contratual o que até então afastava o dever de reparar, é certo que a questão, ao tempo da propositura da lide, já estava plenamente definida pela jurisprudência dos Tribunais, em especial do Superior Tribunal de Justiça, pelo que não era mais lícito à ré abrigar-se em dispositivo sabidamente nulo para negar cobertura, razão pela qual sua conduta, neste caso como em outros semelhantes praticados por planos de saúde, deve ser, agora, entendida como abusiva e apta a gerar dano moral, pelo enorme desconforto, dificuldades e temor pela própria vida acarretados ao

consumidor.

Confira-se: *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DEMANDA POSTULANDO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NO CUSTEIO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO E DOS MATERIAIS NECESSÁRIOS À SUA REALIZAÇÃO – DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO APELO EXTREMO, A FIM DE, RECONHECENDO O DANO MORAL SOFRIDO PELA USUÁRIA DO PLANO DE SAÚDE, RESTABELECER O VALOR ARBITRADO NA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido"* (4a Turma – AgRg no REsp 1459838/SP – Relator Ministro Marcos Buzzi – julg. 10/10/2015).

Ou ainda: *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA INDEVIDA DE COBERTURA. DANO MORAL PRESUMIDO. 1. A recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário, estando caracterizado o dano in re ipsa. 2. Agravo regimental não provido"* (3a Turma – AgRg no REsp 1537476/DF – Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – 01/10/2015).

Note-se que essa vetusta orientação da Corte Superior Infraconstitucional não sofreu modificação, conforme decisões abaixo transcritas, todos dos últimos meses deste ano de 2.022.

Nesse sentido: "*CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVA DE COBERTURA DE TRATAMENTO DOMICILIAR (HOME CARE).* ***ÍNDOLE ABUSIVA DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. DECISÃO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.*** *INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ATENDIDOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "é abusiva a cláusula contratual que veda a internação domiciliar (home care) como alternativa à internação hospitalar" (AgInt no AREsp 1.725.002/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2021,*

Acesso ao Sumário

DJe de 23/04/2021). 2. ***Consoante a jurisprudência do STJ, "a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.963.420/SP, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/2/2022, DJe de 21/2/2022).*** *3. Estando a decisão de acordo com a jurisprudência desta Corte, o recurso encontra óbice na Súmula 83/STJ. 4. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto por esta Corte, tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade, o que não ocorreu na hipótese, em que a indenização foi fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), em decorrência da recusa indevida de cobertura da internação domiciliar contratualmente prevista.*

5. Agravo interno desprovido." (Quarta Turma, AgInt no AREsp 2107542/RJ, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, julg. 03/10/2022, destaques inexistente no original).

Mais: *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REDE CREDENCIADA. REEMBOLSO. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. RAZÕES DISSOCIADAS. SÚMULAS NºS 283 E 284/STF. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR. REDUÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).*

2. É inadmissível o inconformismo por deficiência na sua fundamentação quando as razões do recurso especial estão dissociadas do que decidido pelo acórdão recorrido. Aplicação das Súmulas nºs 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. Na hipótese, alterar a conclusão do tribunal local, que entendeu que o autor foi internado em situação de emergência, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento obstado pelo disposto na Súmula nº 7/STJ.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, ante o reconhecimento de que houve a prática de ato abusivo pelo plano de saúde, deve ser reconhecido o direito ao recebimento de indenização por danos morais, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do usuário, já abalado e com a saúde debilitada. Precedentes.

5. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante indenizatório fixado pelas instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente

Acesso ao Sumário

caso. 6. Agravo interno não provido." (TERCEIRA TURMA, AgInt no AREsp 1979431/PE, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julg. 26/09/2022, destaque inexistente no original)

Some-se: *CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE TRATAMENTO.* ***RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO DO STJ. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CARACTERIZADOS.*** *REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA N.º 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo n.º 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Nos termos da jurisprudência deste Corte, a natureza taxativa ou exemplificativa do rol da ANS é desimportante à análise do dever de cobertura de medicamentos para o tratamento de câncer, em relação aos quais há apenas uma diretriz na resolução normativa. Precedentes.* ***3. Existência de entendimento pacífico desta Corte Superior no sentido de que, nos casos em que a recusa indevida de cobertura de tratamento médico-hospitalar impõe ao usuário de plano de saúde um grau de sofrimento físico/psíquico que extrapola aquele decorrente do mero inadimplemento contratual, atingindo direito da personalidade, fica demonstrada a ocorrência de danos morais e caracterizado o direito à reparação.*** *Incide a Súmula n.º 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso. 4. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.*

5. Agravo interno não provido." (TERCEIRA TURMA, AgInt no REsp 2001658/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, julg. 26/09/2022, destaquei).

Some-se mais: *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO CONDENATÓRIO – DECISÃO MONOCRÁTICA DEU PROVIMENTO AO RECLAMO PARA RESTABELECER A SENTENÇA. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA.* ***1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o mero descumprimento contratual não enseja indenização por dano moral. No entanto, nas hipóteses em que há recusa indevida de cobertura de tratamentos de urgência ou emergência, há configuração de danos morais indenizáveis.*** *Precedentes.*

2. Agravo interno desprovido." (QUARTA TURMA, AgInt no REsp 2005361/SP, Relator Ministro MARCO BUZZI, Julg. 26/09/2022 – destaque nosso).

Acesso ao Sumário

Até mesmo esta C. Câmara assim já se decidiu em recente julgamento da lavra do E. Desembargador César Peixoto: *"Ação cominatória destinada à cobertura de internação em regime de urgência/emergência, cumulada com a indenização por perdas e danos – Procedência parcial em primeiro grau – Irresponsabilidade do estabelecimento hospitalar – Prestação de serviços em caráter particular – Remuneração devida – Ilícito não configurado – Ilegitimidade da recusa por parte da operadora do plano de saúde – Inaplicabilidade do prazo de carência na hipótese – Tratamento baseado na orientação do médico assistente – Ilegalidade da negativa – Prejuízo extrapatrimonial caracterizado – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Arbitramento razoável – Sentença mantida – Recursos não providos."* (Apelação Cível 1107482-49.2021.8.26.0100, julg. 8/11/2022).

Sobre a quantificação do valor reparatório, importante lembrar a lição sempre atual de Yussef Said Cahali, para quem: *"A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa"* (Dano e Indenização, RT 1980, p. 26).

Nesse contexto, o valor deferido não pode ser tão alto que premie imoderadamente o ofendido, mas também tão ínfimo que estimule seu causador a não cessar prontamente seu proceder incorreto.

Sendo assim, ante a peculiaridade dos fatos, fixo o valor em R$ 10.000,00, montante que se mostra razoável para compensar o sofrimento moral suportado pela requerente. O montante acima está sujeito à atualização monetária a partir da data da publicação deste, mais juros de mora, estes devidos a partir da citação, uma vez não delimitada a época do ilícito na inicial.

Sucumbindo a ré, corolário lógico sua condenação exclusiva nas verbas decorrentes da sucumbência, que, já considerado o disposto no artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, fixo em 15% sobre o valor da condenação.

3. Ante o exposto, meu voto dá provimento ao apelo da autora e nega provimento ao recurso da ré.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002288-45.2021.8.26.0396, da Comarca de Novo Horizonte, em que é apelante LAU-

RENTINO OLIONI, é apelado FACTA FINANCEIRA S.A. CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 53.022)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 24 de janeiro de 2023.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Pactuação de contrato de empréstimo consignado por meio eletrônico – Legitimidade da contratação eletrônica não demonstrada – Fato incontroverso – Dever indenizar configurado – Dano moral caracterizado – Descontos que só não ocorreram porque o autor ajuizou a presente demanda – Infortúnio por este sofrido não pode ser alçado à categoria de mero aborrecimento cotidiano, na medida em que os fatos acarretaram inegável aflição e receio pela privação material de recursos seus, sem contar o desgaste de ter que mobilizar o Judiciário para a satisfação do direito visado, tudo a ensejar desconforto, tensão e angústia capazes de gerar dano moral e o respectivo direito à reparação – Valor – Fixação em R$5.000,00 – Observância do princípio da razoabilidade e da finalidade de desestimular condutas como as dos autos e oferecer certo conforto ao lesado, sem favorecer seu enriquecimento sem causa – Pretensão do demandante de permanecer com o valor do mútuo creditado em sua conta, com fulcro no art. 39, parágrafo único do CDC ("amostra grátis") – Descabimento, sob pena de favorecimento do enriquecimento ilícito.

SUCUMBÊNCIA – Honorários advocatícios – Fixação equitativa – Descabimento – Jurisprudência do C. STJ consolidada no julgamento do Tema 1.076 sob o rito dos recursos repetitivos, estabelecendo que a fixação equitativa somente é permitida quando o proveito econômico foi inestimável ou irrisório ou quando o

Acesso ao Sumário

valor da causa for muito baixo, devendo-se, nos demais casos, observar os percentuais previstos nos §§ 2º e 3º, do art. 85 do CPC – Adoção do valor da condenação como base de cálculo, no montante de 20% – Art. 85, § 2º, do CPC – Observância da diminuta complexidade da causa.

SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de "ação declaratória de nulidade contratual e inexistência de débito c.c pedido de repetição de indébito e indenização por danos morais e tutela provisória" julgada pela r. sentença de fls. 122/125, de acordo com o dispositivo que ora se transcreve: ***Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pela parte autora e o faço para, com fundamento no art. 481, I, do Código de Processo Civil: a) Declarar inexigíveis os débitos oriundos do contrato de empréstimo e determinar a devolução ao Banco requerido a devolução do valor creditado na conta do consumidor. Assim, arcará a parte ré com custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, arbitro, por equidade, em R$ 1.000,00, tendo em vista que a condenação diz respeito ao empréstimo que possui valor irrisório para fins de base de cálculo de honorários advocatícios.***

Apela, o demandante, alegando que os danos morais restaram configurados, ante o próprio depósito em sua conta do valor do empréstimo não contratado, bem como a averbação do contrato em seu benefício previdenciário, diminuindo sua margem consignável para futuros empréstimos. Acrescenta, ademais, que os descontos só não ocorreram porque ajuizou a presente ação, e não por qualquer ato da ré para impedi-los. Assevera que a demandada se prevaleceu de sua ignorância, fragilidade e idade avançada para realizar a contratação do empréstimo consignado, depositando o valor muitos meses antes do primeiro desconto da parcela, justamente para que viesse a não possuir condições de devolver a quantia mutuada. Afirma que a celebração de contrato à revelia do consumidor viola o art. 39, III e IV, do CDC. Anota que o valor disponibilizado pela ré deve ser considerado como amostra grátis, inexistindo obrigação de pagamento, devendo ser entendido como doação, nos moldes do art. 39 do CDC. Postula, ao fim, a majoração dos honorários sucumbenciais.

Recurso tempestivo, isento de preparo, em razão da gratuidade de Justiça concedida nos autos, e respondido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Por intermédio da presente ação, o ora apelante impugna a contratação do contrato de empréstimo consignado em questão, pretendendo, em decorrência desse fato, ser indenizado dos danos morais que alega ter sofrido, bem ainda ser restituído em dobro dos valores debitados a tal título pela ré de seu benefício previdenciário.

Na contestação, a demandada sustenta a regularidade da pactuação do empréstimo, que teria ocorrido de forma eletrônica.

Para comprovar tal alegação, o banco apresentou o documento de fls. 77/82, juntamente com reprodução de tela sistêmica (fls. 84).

A MM. Juíza reconheceu a ausência de prova da contratação eletrônica do empréstimo consignado por parte do autor, razão pela qual acolheu a pretensão declaratória esposada na inicial.

E com o r. "decisum", conformou-se a demandada, que não interpôs o recurso cabível, tornando incontroversa essa matéria, com o reconhecimento de que não há elementos que corroborem a legitimidade da contratação digital.

Todavia, a má prestação dos serviços por parte da demandada, que possui responsabilidade objetiva, ao proceder à averbação indevida do contrato no benefício previdenciário do demandante (fls. 28), e ficando evidente que ela foi vítima de negligência e falha na prestação dos serviços, acarreta o dano moral passível de indenização.

A despeito da inexistência dos descontos, que só não ocorreram porque o autor ajuizou a presente demanda, todo o infortúnio por este sofrido não pode ser alçado à categoria de mero aborrecimento cotidiano, na medida em que os fatos acarretaram inegável aflição e receio pela privação material de recursos seus, sem contar o desgaste de ter que mobilizar o Judiciário para a satisfação do direito visado, tudo a ensejar desconforto, tensão e angústia capazes de gerar dano moral e o respectivo direito à reparação.

No concernente ao "quantum" indenizatório dos danos morais, Caio Mário da Silva Pereira leciona que ***na ausência de um padrão ou de uma contraprestação, que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização*** ("Responsabilidade Civil", 2ª ed., Forense, p. 338).

Vale assinalar que devem ser observados pelo Magistrado o critério da razoabilidade, as peculiaridades do caso concreto, como o poderio econômico do ofensor, bem ainda a finalidade de evitar-se conduta como a dos autos, sem favorecer o enriquecimento sem causa do lesado.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça assim se orienta:

Como cediço, o valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa,

Acesso ao Sumário

ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. "In casu", o "quantum" fixado pelo Tribunal a quo, a título de reparação de danos morais, mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso (AgRg no Ag 657289/BA, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, 4ª Turma, j. 28/11/06, DJ 05/02/2007).

Assim, considerando-se os critérios acima informados, bem como os parâmetros da jurisprudência, fixa-se o valor da indenização pelos danos morais em R$5.000,00 (cinco mil reais), ao qual serão acrescidos juros de mora legais a partir da data em que ocorreria o primeiro desconto (março de 2022) e correção monetária a contar da data da publicação deste acórdão, por se tratar de responsabilidade extracontratual.

Malgrado a contratação de forma irregular, há demonstração de que o autor foi beneficiado com o depósito do valor mutuado em sua conta-corrente (R$3.459,97), conforme reconhecido, às fls. 2.

Correta, assim, sua condenação à devolução do valor indevidamente depositado em sua conta, referente ao contrato discutido autos, autorizada a compensação.

Não há que se argumentar que tal importância configuraria uma "amostra grátis" oferecida pela ré.

Ora, o crédito da quantia mutuada decorreu do contrato (apesar de pactuado indevidamente), e a retenção pelo demandante configuraria vedado enriquecimento ilícito, máxime porque com o retorno ao "status quo ante".

Não se trata, pois, da hipótese prevista no art. 39, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c reparação de danos morais e materiais. Empréstimo consignado fraudulento. Sentença de parcial procedência. Apelo exclusivo da autora. Devolução simples dos valores descontados indevidamente e não dobrada, ausente má-fé. Dano moral configurado. Indenização fixada em R$ 5.000,00 de acordo com as circunstâncias do caso concreto e os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. O valor recebido pela autora em razão da operação litigiosa também deverá ser restituído, autorizada a compensação, sob pena de enriquecimento sem causa dela. As partes voltarão ao status quo ante. Recurso provido em parte (TJSP, Apel. 1004937-85.2020.8.26.0438, Rel. Des. CAUDURO PADIN, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 13/05/2022).

Apelação – Empréstimo consignado – Ação declaratória c.c. indeni-

Acesso ao Sumário

zatória – Sentença de acolhimento parcial dos pedidos – Contrato celebrado em nome da autora oriundo de fraude – Partes que não controvertem, nesta esfera recursal, sobre a responsabilidade do banco réu, decorrente da aplicação da teoria do risco da atividade – Irresignação, da autora, improcedente 1. Inviável a pretendida aplicação da regra do art. 39, parágrafo único, do CDC, para o efeito de considerar o valor creditado na conta da autora como amostra grátis. Incidência do citado dispositivo legal que só teria lugar desde que se tivesse demonstrado a participação consciente da instituição financeira ré na feitura da operação fraudulenta e no creditamento do valor do suposto empréstimo na conta da autora, de sorte a constranger esta última a honrar o mútuo que lhe teria sido assim imposto. Prova inexistente. 2. Medida da indenização. Arbitramento realizado em primeiro grau, na importância de R$ 5.000,00, não comportando a pretendida majoração, também sob a consideração de não constar positivada má-fé da instituição financeira. Negaram provimento à apelação (TJSP, Apel 1008348-09.2021.8.26.0566, Rel. Des. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 28/01/2022).

No tocante ao pedido de reforma da fixação dos honorários, observa-se que foi utilizado o critério da equidade como base de cálculo, o que não se autoriza, porquanto a causa não tem valor irrisório.

O § 8º do art. 85 do CPC dispõe:

Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.

Depreende-se do referido dispositivo legal que a fixação dos honorários advocatícios por equidade somente deve ocorrer subsidiariamente nos casos em que, havendo ou não condenação, as causas apresentarem inestimável ou irrisório proveito econômico ou o valor da causa for muito baixo, o que não ocorre na presente hipótese.

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 1.076 dos recursos repetitivos fixou as seguintes teses:

1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quan-

Acesso ao Sumário

do, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo". Portanto, no caso vertente, não há falar em fixação dos honorários de sucumbência com base na equidade, prevista no art. 85, § 8º, do CPC, devendo a verba ser fixada em consonância com o art. 85, § 2º, do CPC.

Desta forma, referida verba deverá seguir o disposto no art. 85, § 2º, do CPC, sendo arbitrada em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, observando-se a diminuta complexidade da causa.

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006647-87.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OPUS OFFICES CENTER LTDA., é apelado ATLAS INVEST AGENTE AUTÔNOMO DE INVESTIMENTOS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.806)**

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2023.

MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL, Relatora

Ementa: Apelação Cível. Ação Monitória. Contrato de Coworking. Ré-reconvinte que formalizou pedido de rescisão contratual com apenas 20 (vinte) dias de antecedência ao término do prazo original contratado, em detrimento dos 30 (trinta) dias de antecedência exigidos para que não houvesse renovação automática pelo mesmo período. Autora-reconvinda a quem não era dado, sabedora da desnecessidade de manutenção da avença pela parte adversa, permanecer inerte diante do potencial dano consistente em permitir formais e sucessivas renovações contratuais. Descabida cobrança de mensalidades até a propositura da presente ação. Ausência de demonstração de

Acesso ao Sumário

prejuízo concreto sofrido pela autora-reconvinda decorrente do atraso involuntário da ré-reconvinte na comunicação a respeito da descontinuidade da contratação. Sentença de improcedência da ação e procedência da reconvenção, mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de sentença prolatada pela MM Juíza de Direito, Dra. Luciana Biagio Laquimia, que julgou *improcedente* a ação monitória proposta por **OPUS OFFICES CENTER LTDA.** em face de **ATLAS INVEST AGENTE AUTÔNOMO DE INVESTIMENTOS LTDA.**, e *procedente* a reconvenção, para condenar a autora-reconvinda a restituir à ré-reconvinte o valor de R$1.200,00, quantia a ser atualizada monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o depósito e acrescida de juros de mora de 1% a.m., estes a contar da concessão de prazo para resposta à reconvenção. Em face do resultado alcançado, ficou à autora-reconvinda carreada a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da demanda principal, já abrangendo ônus sucumbenciais da ação principal e da reconvenção.

A autora-reconvinda apela (fls. 259/265), argumentando se tratar de contrato de prestação de serviços, em detrimento de contrato de locação de imóvel. Explica que a opção pela rescisão do contrato foi formalizada quando ele já havia sido renovado automaticamente, nos termos da Cláusula III do contrato. Pondera que, caso a apelada de fato pretendesse rescindir o contrato, deveria observar o disposto na sua Cláusula VII e efetivar o pagamento da multa rescisória equivalente a 3 mensalidades. Crê que seu não pagamento implicou a resolução da avença apenas quando da propositura da presente ação monitória.

Contrarrazões às fls. 271/277.

É o relatório.

A respeito da natureza jurídica da contratação (atípica) de "coworking", tem-se que engloba, principalmente, a cessão de uso de espaço e instalações e a prestação de serviços de escritório, extrapolando a simples locação pois envolve também a prestação de serviço, assemelhando-se a um contrato de hospedagem.

Pois bem.

A contratação desta natureza entabulada entre as partes continha previsão para vigorar originalmente pelo prazo de 6 (seis) meses, com início em 22/08/2018 e término em 21/02/2019, devendo a ré-reconvinte notificar a autora-reconvinda com 30 (trinta) dias de antecedência no caso de desinteresse na renovação automática por igual período (cl. 3.1, fl. 28).

É incontroverso, porém, que a ré-reconvinte formalizou pedido de

Acesso ao Sumário

rescisão contratual tão somente em 01/02/2019, ou seja, com apenas 20 (vinte) dias de antecedência ao término do prazo original contratado.

Sendo assim, conforme bem salientado na sentença recorrida, *"sob uma estrita análise pautada sob autonomia privada e liberdade contratual, portanto, decorreria a hipótese de efetiva renovação automática do contrato AA138, tendo em vista que a notificação (em 01/02/19) sobre desinteresse na renovação contratual violou o prazo de trinta dias anteriores ao termo final (em 21/02/19) (cláusula 3.1 – fls. 28).*

Por corolário lógico, seriam exigíveis da ré o principal e os acessórios sub judice, nos estritos limites dos pleitos continentes da ação principal. Simples assim." (fl. 242).

Ocorre que, ciente a autora-reconvinda da intenção de rescindir a contratação e igualmente sabendo que ninguém pode ser obrigado a permanecer contratado contra a sua vontade, incumbia a ela atuar com cooperação e lealdade exigidos em relação à ré-reconvinte, pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, em detrimento de pretender agravar ainda mais seu prejuízo por intermédio da presente cobrança de mensalidades até janeiro de 2020.

Ou seja, não era dado à autora-reconvinda, ora apelante, sabedora da desnecessidade de manutenção da avença pela parte adversa, permanecer inerte diante do potencial dano consistente em permitir formais e sucessivas renovações contratuais.

Incumbiria à autora-reconvinte, isto sim, porventura demonstrar nos autos algum prejuízo concreto decorrente do atraso involuntário da ré-reconvinte na comunicação a respeito da descontinuidade da contratação, o que não se coaduna sequer com a cobrança integral da multa contratual inaplicável à hipótese.

De rigor, pois, a manutenção da sentença por seus próprios e mais estes fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação, ficando majorados os honorários advocatícios ao total de 18% sobre o valor atualizado da demanda principal, já abrangendo ônus sucumbenciais da ação principal e da reconvenção, nos termos do § 11, do art. 85, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002942-67.2022.8.26.0664, da Comarca de Adamantina, em que são apelantes IZAIAS ALVES GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA DE FATIMA DE AQUINO GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TRANSPORTES

M R EIREL.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28735)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), NUNCIO THEOPHILO NETO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 13 de janeiro de 2023.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à execução – Cheque – Reconhecimento de exigibilidade do título – Pleito de reforma – Impossibilidade – Alegação de ausência de liquidez – Inocorrência – Valor da obrigação estampado no título – Falta de indicação do local de emissão, bem como, do pagamento que não dizem respeito à liquidez – Informações acidentais que não influenciam na obrigação propriamente dita, constituindo elementos superáveis, nos termos do art. 2º, incisos I e II da Lei do Cheque – Título exigível – Sentença mantida – Recurso improvido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Maria de Fátima de Aquino Gonçalves** e **Izaias Alves Gonçalves**, em face da r. sentença de fls. 118/130, proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Adamantina, nos autos dos embargos à execução opostos contra **Transportes M R Eireli Me**, que rejeitou os embargos e condenou os embargantes ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformados, apelam os embargantes, pleiteando a reforma do decidido. Sustentam, em síntese, que o título é ilíquido em razão da ausência de especificação da praça de pagamento (fls.135/141).

O embargado ofereceu contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença (fls.145/149).

Recurso tempestivo, sem necessidade de preparo e regularmente processado.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, mas nego-lhe provimento.

Trata-se de embargos à execução opostos em relação à cobrança de cheque no valor de R$300.000,00. Afirmaram os embargantes a inexistência de liquidez do título, em razão da ausência de informação do local de emissão e praça de pagamento.

De seu turno, o exequente, ora embargado, alegou a inexistência de irregularidade, asseverando que, na ausência de indicação do local de pagamento, considera-se a agência descrita no próprio título.

Sobreveio a r. sentença por meio da qual o d. Juiz rejeitou os embargos à execução, fundado na inexistência da irregularidade apontada.

Com efeito, equivocam-se os embargantes quanto à inexistência de liquidez, elemento que não tem relação alguma com o local de emissão ou a praça de pagamento do título, mas com o valor da obrigação.

Nesse sentido, a própria doutrina inserida pelos embargantes afasta a alegada irregularidade, *in verbis:*

"*Reportando ao magistério de CALAMANDREI, pode-se afirmar que ocorre a certeza do crédito, quando não há controvérsia sobre a sua existência (an); a liquidez, quando é determinada a importância da prestação (quantum);(...)*(fls.138)."

Além disso, a Lei do Cheque trata expressamente da questão nos seguintes termos:

"*Art. 2º O título, a que falte qualquer dos requisitos enumerados no artigo precedente não vale como cheque, salvo nos casos determinados a seguir:*

I - na falta de indicação especial, é considerado lugar de pagamento o lugar designado junto ao nome do sacado; se designados vários lugares, o cheque é pagável no primeiro deles; não existindo qualquer indicação, o cheque é pagável no lugar de sua emissão;

II - não indicado o lugar de emissão, considera-se emitido o cheque no lugar indicado junto ao nome do emitente."

Destarte, considera-se como praça de pagamento a cidade de Adamantina/SP, local designado junto ao nome do sacado (fls.35).

Portanto, demonstrada a constituição válida (origem lícita) do título, à míngua de elementos hábeis a comprovar eventual irregularidade ou mácula, irretorquível a r. sentença ao reconhecer a exigibilidade da obrigação.

Por derradeiro, majoro os honorários do patrono do apelado para 15% sobre o valor da causa, nos termos do art.85, §11 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003438-76.2022.8.26.0218, da Comarca de Guararapes, em que é apelante CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, é apelada GISLAINE DA SILVA BARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44676)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e AFONSO BRÁZ

São Paulo, 20 de janeiro de 2023.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Contrato Bancário – Empréstimo pessoal – Revisão – Juros remuneratórios – Percentual muito superior à média de mercado – Abusividade – Readequação – Necessidade – Entendimento firmado em sede de recurso repetitivo REsp 1061530/RS – Redução dos honorários advocatícios – Ausência de requisitos para o pleito – Sentença que deu correto desate ao litígio – Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 109/118, que julgou procedente a ação de revisão contratual que GISLAINE DA SILVA BARBOSA dirigiu contra CREFISA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS.

Apela a ré sustentando, preliminarmente, que há necessidade de monitoramento de demandas massificadas visando revisão de juros, devendo a parte autora ser intimada pessoalmente para declarar ciência da propositura da ação. No mais, defende a legalidade da taxa de juros praticada e impugna os honorários advocatícios arbitrados.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

Acesso ao Sumário

Esse é o relatório.

Não prospera a irresignação recursal.

De início, não se vislumbra a ocorrência de demanda repetitiva ou massificada, mas apenas o simples exercício do direito de ação. Houve a individualização do contrato e a inicial foi instruída com documentos suficientes para o deslinde do feito.

Cuida-se de ação revisional de contrato de empréstimo pessoal.

A MM. Juíza de piso, com razão, reconheceu a abusividade dos juros remuneratórios contratados.

Como é cediço, os juros não possuem teto legal ou constitucional. O artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, quando vigente, foi objeto de inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal, que deixou claro não ser aquele dispositivo constitucional autoaplicável. Com o advento da Emenda Constitucional nº 40/2003, a questão foi sepultada de vez, ficando claro que não existiu e não existe limitação para a contratação de taxa de juros, de sorte que os Bancos podiam, como podem contratar com as taxas que o mercado exigir.

Aliás, esse é o enunciado da Súmula Vinculante nº 7: "*A norma do parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar*."

De se consignar que qualquer pessoa que reside neste país tem pleno conhecimento de que aqui se praticam as maiores taxas de juros, de sorte que, quem contrata com o Banco sabe que sofrerá pesado ônus.

Todavia, não se pode olvidar que o C. STJ no julgamento do REsp 1.061.530-RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que as taxas de juros podem ser revisadas em casos excepcionais, desde que haja relação de consumo e comprovada a abusividade na contratação, assim considerada a cláusula contratual que preveja vantagem excessivamente onerosa para o consumidor, nos termos do art. 51, § 1º, inc. III, do CDC.

> ***"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO. Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exce-***

Acesso ao Sumário

to: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. (...)

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

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

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

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

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto***. (...) (REsp 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009 - destaque nosso)***

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

Valendo destacar que a média de mercado é baliza interpretativa e não parâmetro fixo. Caberá ao juiz, em cada caso, verificar as peculiaridades e os riscos do negócio discutido, para então constatar se os juros são ou não abusivos.

Logo, para verificar a abusividade, deve ser observado se a taxa de juros remuneratórios supera a média de mercado para operações da mesma natureza e, com base em um critério de razoabilidade, aferir se o percentual que supera a média se caracteriza abusivo para aquela específica operação financeira.

Nesse sentido:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NºS 5 E 7 DO STJ. LIMITAÇÃO DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ABUSIVIDADE A SER AFERIDA COM BASE NA TAXA MÉDIA DO MERCADO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA Nº 568 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

(...) 3. Esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada de que, nos contratos bancários, a limitação da taxa de juros remuneratórios só se justifica nos casos em que aferida a exorbitância da taxa em relação a média de mercado. Súmula nº 568 do STJ. (...)"

(AgInt no AREsp 1643166/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 27/11/2020)

"PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EFEITO INFRINGENTE. ACOLHIMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS. CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. Constatada contradição no acórdão recorrido, acolhem-se os embargos declaratórios com efeito infringente para reformar o acórdão e conhecer do recurso especial. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, nos contratos bancários, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano, e de que não se pode aferir a exorbitância da taxa de juros apenas com base na estabilidade econômica do país, sendo necessária a demonstração, no caso concreto, de que a referida taxa diverge da média de mercado. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeito infringente, para reformar o acórdão recorrido e dar provimento ao recurso especial." (STJ, 4ª T., EDcl no AgRg no REsp 989.535- MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, unânime, 07.02.12, destacou-se)

No caso dos autos, como destacado na r. sentença: "*fogem à normalidade do mercado as taxas de juros contratadas de 22,07% ao mês e 987,22% ao ano, porque equivalem, respectivamente, a três e sete vezes mais as taxas médias do mercado apuradas pelo BACEN de 1,78% ao mês e 23,57% ao ano, para o mesmo dia do contrato - conforme indicado pela parte autora e não impugnada pelo requerido, estando, portanto, incontroversa a veracidade dessa informação, conforme o sistema de séries temporais do BACEN(endereço eletrônico constante no texto original) - assim como porque a parte requerida não se desincumbiu de demonstrar no momento processual próprio da contestação eventuais condições especiais da contratação (perfil e histórico do mutuário, com muitas inadimplências ou negativações, número excessivo de parcelas e outros) que implicassem importantes e diferenciados riscos à operação em concreto e que justificassem os juros remuneratórios contratados em alta taxa. Portanto, a taxa de juros remuneratórios pactuada deve ser limitada à média do mercado.*"

Diante do quadro apresentado, observa-se que agiu com acerto a Magistrada ao DECLARAR *a nulidade por abusividade das taxas de juros remuneratórios de 22,07% ao mês e 987,22% ao ano pactuadas em 13/08/2019 no contrato 029920028635 de empréstimo de R$1.606,49, CONDENANDO a requerida à repetição simples da diferença dos juros remuneratórios pagos acima*

Acesso ao Sumário

da capitalização mensal equivalente à taxa de 1,78% ao mês e 23,57% ao ano; com correção monetária pelo INPC (tabela prática do TJSP) e juros de mora pela taxa legal, ambos a partir dos pagamentos indevidos.

Por fim, os honorários advocatícios foram fixados no mínimo legal (10% sobre o valor da condenação), não havendo que se falar em qualquer redução.

Em suma, nada existe para ser alterado na bem lançada sentença.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, com majoração da verba honorária para 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1074306-82.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes M.S.V. (G. (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e L.V.G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado R.D.G. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28724)**

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

São Paulo, 20 de janeiro de 2023.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: ALIMENTOS. Insurgência da autora contra sentença que fixou os alimentos em 135% do salário mínimo. Pedido de majoração. Não acolhimento. Necessidades presumidas da autora. Ausência de comprovação, porém, das condições financeiras do genitor. Alimentante que trabalha como empresário individual. Rendimento bruto médio em 2021 que não passou de R$ 5.000,00 por mês. Receita bruta da empresa que não se confunde com lucro do empresário. Pensão fixada de maneira adequada, conforme rendimentos demonstrados do alimentante. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de ps. 270/273, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial, para condenar o réu ao pagamento de alimentos em 135% do salário mínimo. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada ao pagamento das respectivas despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se a gratuidade processual.

Inconformada, a autora apela a ps. 279/285 para que, em síntese, a pensão seja majorada.

Sem contrarrazões e a D. Procuradoria opinou pelo provimento parcial do recurso (ps. 307/308).

Autos em termos para julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Os alimentos devem ser arbitrados em observância ao binômio necessidade-possibilidade (art. 1.694, §1º, CC).

De um lado, são inquestionáveis as necessidades da criança, tendo em vista a sua menoridade (p. 15).

Em relação às possibilidades do alimentante, a autora não demonstrou que o genitor teria ganhos líquidos, tal como mencionado na inicial (R$ 14.000,00 por mês).

Segundo alegado em contestação, o réu exerce atividade empresarial de maneira individual, por meio da venda de empanadas. Conforme alegado por ele, seus ganhos líquidos seriam de três mil reais.

Os documentos apresentados pela autora em réplica indicam um *faturamento* máximo mensal de R$ 10.110,00 mensais na empresa entre 2018/2019, sendo que a média dos últimos doze meses foi de R$ 7.100,00 aproximadamente (p. 125).

A declaração prestada pelo empresário para pagamento dos Simples em 2022, ainda, indicou uma renda bruta anual inferior *nos últimos doze meses*, de modo que o faturamento médio mensal não passou dos R$ 5.000,00 (ps. 146/148).

Nesse ponto, como constou na sentença, não se pode confundir faturamento ou receita bruta advinda da atividade empresarial com lucro/rendimentos líquidos do empresário:

> *Apesar da parte autora alegar lucro estrondoso do réu no patamar de R$ 14.000,00 líquidos,* ***não há elementos nos autos que permitam inferir a renda alegada****. Em análise do documento juntado pela própria autora a fls. 188, verifica-se que o maior faturamento foi R$ 10.110,00.*

Acesso ao Sumário

Em que pese se tratar de valores de alguns anos atrás, o documento esclarece que a atividade empresarial/comercial do réu é de pequeno porte, frisando-se ainda que ***não se pode confundir faturamento com lucro, pois o faturamento não leva em consideração os custos da própria atividade empresarial****. A declaração de simples de 2021 (fls. 144/145) indica* ***receita bruta de R$ 36.000,00 em 2021****.* (p. 273).

Sendo assim, não ficou demonstrado que o genitor tenha condições de arcar com a quantia pleiteada na inicial (R$4.900,00).

Vale destacar que, pelos gastos apontados pela genitora (cf. p. 229, com inclusão de gastos não exclusivos da criança, como água, luz, aluguel, combustível), a genitora pretendia, ainda, a transferência integral do sustento da filha ao genitor, o que era não se sustentava.

Nesse contexto, diante das provas apresentadas, a pensão está condizente com os rendimentos do réu, não comportando majoração.

Por todo o exposto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação, majorando-se os honorários advocatícios do patrono do réu para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, observando-se a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012124-95.2017.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado PETROPASY TECNOLOGIA EM POLIURETANOS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

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 53409)**

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

São Paulo, 23 de janeiro de 2023.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Sentença de encerramento do processo – Credor que pretende a reforma da decisão alegando o descumprimento do pla-

Acesso ao Sumário

no – Inocorrência – Devedora que efetuou o depósito após o fornecimento dos dados bancários no curso do processamento do apelo – Prestações vencidas à época da sentença regularmente quitadas – Cumprimento regular do plano – Possibilidade de encerramento do feito nos moldes do art. 61 da LRF – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

1) Insurge-se o banco-apelante contra r. sentença em que o MM. Juiz "*a quo*" encerrou a recuperação judicial da apelada, alegando, em síntese que: o encerramento do processo é prematuro; o plano não foi cumprido; o simples decurso do prazo de 2 anos não é suficiente e nem autoriza a extinção do processo de soerguimento de forma automática; as obrigações previstas no plano não foram cumpridas.

A recuperanda respondeu, afirmando que: o plano prevê que os credores deveriam informar seus dados bancários para o regular pagamento das obrigações, o que não foi observado pelo banco-apelante; o banco não cumpriu a cláusula 11.2. do plano; superada está a questão relacionada ao descumprimento do plano de recuperação judicial; o enunciado II das C. Reservadas de Direito Empresarial foi revogado em razão do disposto no art. 61 da Lei 11.101/05; tendo em vista que a recuperação judicial foi concedida em abril de 2019 (fls. 1.833) e a sentença de encerramento foi proferida em 05/2022 (fls. 2.928/2.929, tem-se que, na prática, transcorreu o prazo de três anos, um ano a mais do que o período de dois anos exigido em lei; o período de fiscalização já se encerrou; não recebeu o pagamento por sua própria desídia.

O Administrador Judicial opinou pelo não provimento do recurso, alegando: o banco-apelante não disponibilizou seus dados bancários; o apelante quedou-se inerte, inclusive, após determinação judicial; é legítimo o encerramento do processo.

O apelante peticionou nos autos informando os dados bancários e apontando o débito no valor de R$54.940,24 (fls. 2981/2982).

O Ministério Público opinou pelo não provimento do recurso.

A recuperanda peticionou nos autos defendendo o cumprimento regular do plano, apontando a má-fé processual da instituição financeira e demonstrando o pagamento de R$49.838,34.

Diante dessa última manifestação, o banco foi intimado a se manifestar sobre o interesse no julgamento do mérito do recurso, o qual insistiu no mesmo, informando a empresa permanece inadimplente, visto que efetuou pagamento na monta de R$ 2.644,98, em 22/08/2022, enquanto o valor necessário para

Acesso ao Sumário

regularizar era de R$ 5.589,48, em 17/08/2022.

É o breve relatório.

2) Não merece acolhimento o recurso.

O direito alegado pelo banco recorrente está fundado no enunciado II das C. Reservadas de Direito Empresarial, conforme minuta recursal de fls. 2939/2945.

Ocorre que a indigitada norma construída pela jurisprudência deste Sodalício foi revogada em razão da superveniência da alteração legislativa, tendo o art. 61 da Lei 11.101/05 sido modificado nos seguintes termos.

"*Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência.*"

Em observância aos princípios da duração razoável do processo e da necessidade de estabilização dos negócios da empresa em crise, a lei determina o encerramento do processo no prazo de 2 anos da homologação, independentemente do período de carência.

No caso concreto, a recuperação judicial foi concedida em abril de 2019 (fls. 1.833) e a sentença de encerramento foi proferida em 05/2022 (fls. 2.928/2.929), o que atesta à observância legal pelo magistrado.

Como bem ressaltado pela D. Procuradoria de Justiça e pelo Administrador Judicial, não há mais motivo para se manter o processamento do feito diante da alteração legislativa operada.

Nesse sentido:

"*Apelação. Sentença que decretou o encerramento da recuperação judicial das apeladas. Insurgência de uma das credoras. Tempestividade do apelo. Preliminar de deserção também afastada. Litigância de má-fé não configurada. Pedido de justiça gratuita ou de parcelamento das custas e despesas processuais formulado no recurso. Indeferimento, determinando-se a oportuna intimação da apelante para recolhimento do preparo recursal, sob as penas da lei. Pessoa jurídica. Efetiva incapacidade financeira não verificada no caso concreto. Ausência de óbice ao encerramento da recuperação. Decurso do prazo de supervisão judicial que não está atrelado ao prazo de carência. Art. 61, caput, da Lei n. 11.101/2005. Regular cumprimento do plano durante o período de supervisão. Tentativas de alienação de direitos creditórios realizadas sem sucesso, em conformidade com o plano. Ausência de obrigação de indicar valores individualizados com relação aos rateios a serem realizados. Ausência de impugnação oportuna à cláusula do plano de recuperação*

Acesso ao Sumário

contra a qual se insurge a recorrente. Apelação da credora não provida, com determinação." **(Apelação n. 1072469-28.2017.8.26.0100 – Relator Desembargador Alexandre Lazzarini – 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – j. 29.06.2022)**

Sobre a alegação de descumprimento do plano, tal fato não pode ser reconhecido como pretende o credor.

A situação dos autos é reveladora de uma manifesta incompreensão acerca do princípio da cooperação e fruto do espírito litigioso das partes.

O plano prevê que o banco deveria ter fornecido os dados bancários para o regular pagamento das prestações, o que não foi feito tempestivamente.

Somente no curso desse recurso é que os dados bancários foram fornecidos.

Por outro lado, tinha a recuperanda, diante da inércia do credor, o ônus de depositar em juízo o valor dessas prestações, conforme reiteradamente vem decidindo este Sodalício:

"*Fornecimento de dados bancários pelo credor – Cabimento – Observação do voto no sentido de que, se não prestados, implicará à recuperanda depósito dos valores em juízo para fins de desoneração dos juros de mora – Precedentes jurisprudenciais – Decisão agravada reformada em parte – Recurso parcialmente provido, com observações*" **(AI nº 2275067-21.2021.8.26.0000 - Relator(a): Jane Franco Martins – Comarca: Sorocaba – Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – Data do julgamento: 20/10/2022)**

Respeitadas as alegações da apelada, a mora pelo não fornecimento dos dados bancários antes da prolação da sentença é de sua responsabilidade e não do credor.

De qualquer forma, verifica-se que no curso do processamento do recurso o banco acabou por fornecer os dados bancários e a recuperanda depositou a quantia de R$49.838,34 (quarenta e nove mil, oitocentos e trinta e oito reais e trinta e quatro centavos).

Sobre o depósito, referente às prestações vencidas até a prolação da sentença, **nada disse o apelante**, o qual, após consultar "dados bancários internos", apontou débito em aberto referente a uma prestação do mês de agosto de 2022.

Ora, o fato trazido pela instituição financeira é novo e inidôneo, carecendo de elementos probatórios suficientes acerca do inadimplemento.

Ademais, a suposta inadimplência não pode ser reconhecida neste momento.

Caso haja algum débito em aberto referente às prestações vencidas após a prolação da sentença, caberá ao banco-apelante a adoção dos instrumentos

Acesso ao Sumário

processuais adequados.

O processamento do feito é gravoso à apelada e precisa ser encerrado em razão da disposição legal supramencionada e adimplemento das obrigações vencidas à época da prolação da sentença.

Por fim, não há se falar em má-fé processual, uma vez que, conforme narrativa exposta acima, não violou o banco qualquer dever processual.

Repita-se, caberia à apelante ter efetuado o depósito em juízo e, eventualmente, ter evitado toda a discussão travada neste recurso.

Dessarte, confirma-se a sentença de encerramento.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011150-70.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante BANCO PAN S/A, é apelada CICERA RIBEIRO 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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36289)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – Sentença de parcial procedência do pedido – Recurso do requerido —CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO NÃO RECONHECIDO PELA AUTORA – Autora que nega a celebração da avença – Impugnação da autenticidade da assinatura aposta no documento apresentado pelo réu – Ônus da prova incumbe ao réu (CPC, art. 429, II) – Não recolhimento dos honorários periciais – Preclusão – Inteligência do art. 429, II, do NCPC– Higidez da contratação não demonstrada– Negócio inexisten-

Acesso ao Sumário

te –Responsabilidade objetiva da instituição financeira, que responde pelo risco da atividade que exerce – Procedência do pedido declaratório de inexistência do negócio jurídico – DANO MORAL – Responsabilidade configurada – Responsabilidade objetiva da instituição financeira por fortuito interno decorrente de fraude – Inteligência da Súmula 479 do STJ – Dano "in re ipsa" – Dever de indenizar o dano de cunho extrapatrimonial – QUANTIA REPARATÓRIA – Dano moral fixado em R$ 10.000,00 – Pedido de redução – Impossibilidade – Valor bem arbitrado que compensa a autora quanto aos danos morais sofridos – Sentença mantida – REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO – Ausência de má-fé – Incabível a repetição do indébito em dobro – Conforme assentado na jurisprudência desta Corte, a repetição será na forma simples quando não existir má-fé do fornecedor – Sentença reformada nesse ponto – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- A sentença de fls. 173/179, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 13.09.2022, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente a ação.

Recorreu o requerido às fls. 186/198, buscando a reforma do julgado. Alega, em síntese, que visto que não há qualquer indício de fraude ou vício no negócio jurídico, devendo ser mantida a contratação, pede que seja determinada a restituição simples e o afastamento ou ao menos a minoração dos danos morais.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls.205/224).

É o relatório.

2.- De acordo com o relatório apresentado na sentença de fls. 173/179, cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização, na qual a parte autora afirma, em resumo, que "teria identificado descontos efetuados pelo réu em sua folha de pagamentos de benefícios previdenciários, referente ao empréstimo nº 323044395-8, que não teria contratado. Sustenta que entrou em contato com o aludido banco, ora réu, pedindo que lhe fossem restituídos os valores debitados e que houvesse a suspensão dos descontos, sem êxito. Pediu a imediata suspensão dos descontos efetuados em sua folha de pagamentos beneficiários; que seja declarada a inexistência de débitos em relação

Acesso ao Sumário

ao contrato e a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, no importe correspondente a R$ 15.000,00, bem como postulou o ressarcimento dos valores indevidamente descontados em sua folha de benefícios previdenciários, com os acréscimos legais, pelo seu dobro.

Devidamente citado, o requerido apresentou contestação alegando que o contrato foi celebrado, por meio de correspondente bancário, no qual a autora compareceu, entregou seus documentos pessoais e assinou o contrato. Aduz que houve a disponibilidade de valores através de crédito em conta de titularidade da parte autora, inexistindo indícios de indução à erro ou vício de consentimento. Defendeu a validade do contrato celebrado. Inexistem danos morais e quantum pleiteado é excessivo. Incabível a devolução em dobro. Em caso de eventual condenação, requereu a devolução do valor creditado na conta de titularidade da autora, sob pena de enriquecimento ilícito, nos termos do art. 884 e seguintes do CC."

O juiz julgou parcialmente procedente a ação, para: declarar a nulidade do contrato nº 323044395-8 e, consequentemente, a inexigibilidade dos débitos dele decorrentes; condenar ao requerido ao ressarcimento dos valores descontados do benefício previdenciário da autora, referentes a tal contrato, a serem apurados em fase de liquidação de sentença, corrigidos monetariamente pela Tabela divulgada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, desde a data de cada desconto e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, pelo seu dobro; condenar o réu ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente pela Tabela divulgada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir da presente data, eis que para hoje fixou o valor da indenização. Sem prejuízo do exposto, autorizou que o valor creditado em favor da autora (fls. 63), corrigido monetariamente pela Tabela divulgada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo desde a data do depósito, seja abatido do valor da condenação, evitando-se, assim, o enriquecimento indevido da demandante. Vencido, em maior parte, o magistrado condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como verba honorária advocatícia, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Contra o referido julgado, insurgiu-se o réu nesta oportunidade.

Ressalte-se, especificamente, que foi determinada a produção da prova pericial (fls. 143/146).

Ressalte-se que o ônus da prova incumbe ao réu, a teor do disposto no art. 429, II, do CPC, *in verbis*:

Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando:

(...)

II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o do-

Acesso ao Sumário

cumento.

No caso em exame, embora intimado a providenciar o recolhimento dos honorários periciais (fls. 158 e 163), o réu permaneceu inerte (fls. 162 e 166).

Registre-se que deixando o banco-réu de depositar os honorários periciais para a realização da perícia grafotécnica, ônus que lhe competia, não restou outra alternativa senão a preclusão da prova técnica em seu desfavor (fl. 167).

Diante desse cenário, à míngua de segura comprovação, configura-se a responsabilidade do banco pelo chamado fortuito interno no caso, devendo ser acolhido o pedido declaratório de inexistência do negócio jurídico discutido na ação, consubstanciado pelo instrumento contratual de fls. 60/62.

Incide na espécie a chamada Teoria do Risco Proveito: o serviço financeiro oferecido gera proveito ao fornecedor, mas está longe de ser seguro, pois sujeito à ação de fraudadores, que conseguem obter os dados dos clientes e deles se utilizarem para obtenção de crédito, realização de compras e saques indevidos.

O reconhecimento da responsabilidade objetiva dos bancos por fortuito interno decorrente de fraude se coaduna com a súmula 479, do Superior Tribunal de Justiça:

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

Desse modo, não demonstrada a contratação, não há dúvida de que os descontos efetuados pelo banco em seu benefício foram indevidos. Assim, os valores devem ser restituídos.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. Contrato de empréstimo consignado não reconhecido pela autora. Impugnação da assinatura. Autenticidade da firma não provada pelo réu, ônus que lhe cabia. Inteligência do art. 429, II, do NCPC. Higidez da contratação não demonstrada. Negócio inexistente. Restituição dos valores indevidamente retidos do benefício previdenciário da autora. Dano moral. Ocorrência. Inscrição indevida do nome da autora no rol de inadimplentes. Dever de reparar. Quantum fixado em dez salários-mínimos. Razoabilidade e proporcionalidade. Conversão para reais. Necessidade. Inteligência do art. 7º, IV, da CF. Precedentes do STJ. Sentença mantida."[1]
>
> "APELAÇÃO. Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito cumulada com pedido de Indenização por Danos Morais. Impugnação a dois empréstimos consignados. Alegação de fraude. Descontos indevidos em

1 Apelação nº 1006623-06.2016.8.26.0066, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 24.11.2017.

Acesso ao Sumário

benefício previdenciário, decorrentes de mútuos não contratados. Perícia grafotécnica que não foi realizada em virtude da inércia do banco, que não juntou aos autos as vias originais dos contratos em que foram apostas as assinaturas contestadas. Responsabilidade objetiva da instituição financeira, que responde pelo risco da atividade que exerce. CERCEAMENTO DE DEFESA. Desacolhimento. Perícia grafotécnica que não se realizou eu virtude da inércia da instituição financeira, que não juntou aos autos as vias originais dos instrumentos contratuais contestados pelo autor. DANO MORAL. Analisadas as peculiaridades do caso concreto, em que o consumidor sofreu descontos indevidos em seu benefício previdenciário, relacionados a contratos cuja celebração não restou comprovada, verifica-se a caracterização do dano moral. RESTITUIÇÃO. Não se vislumbrando má-fé por parte da instituição financeira, incabível sua condenação à devolução em dobro da importância descontada. Autor que deverá restituir ao banco os valores creditados em sua conta, a fim de evitar o seu enriquecimento sem causa. Recurso provido."[2]

Com efeito, ausente demonstração de que o contrato foi assinada pela autora, devida a indenização pelos prejuízos sofridos, uma vez que estão caracterizados os danos morais, porquanto suportou a autora diversos transtornos sem que tivesse ao menos mantido qualquer relação jurídica com o réu a fundamentar tal cobrança, fruto da negligência do requerido quanto às cautelas de segurança para a assinatura de contrato referente a montante indevidamente retirado da conta da autora, representando dissabores e transtornos que ultrapassam o mero aborrecimento cotidiano que deva ser suportado pelos cidadãos.

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

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

"Apelação – Contrato bancário – Ação declaratória c.c. indenizatória – Sentença de acolhimento parcial dos pedidos – Irresignação improcedente. Gratuidade da justiça – Inadmissibilidade, sob a consideração de tratar-se a peticionária de instituição financeira – Decretação da falência desta última não servindo de justificativa bastante para a concessão do benefício – Enseja o quadro, sim, o diferimento da exigibilidade das custas, inclusive as de preparo, e das verbas da sucumbência, para que sejam reclamadas na falência, como crédito extraconcursal, na forma prevista no art. 84, IV, da Lei 11.101/05. Responsabilidade civil – Contrato de empréstimo consignado celebrado em nome da autora oriundo de fraude, conforme apurado em perícia grafotécnica – Cenário fazendo concluir tratar-se de contrato realizado por terceiro, falsário, usurpando a identidade da autora – Aplicação da teoria do risco da atividade, expressa no art. 14 do CDC – Dano moral bem reconhecido, haja vista que,

Acesso ao Sumário

2 Apelação Cível nº 1011223-16.2017.8.26.0590, Rel. Des. Flavio Cunha da Silva, j. 04.04.2019.

em razão dos descontos oriundos do empréstimo fraudulento, a autora, pessoa simples, se viu privada de parte importante de seu benefício previdenciário Indenização arbitrada em primeiro grau, na importância de R$ 5.000,00, não comportando redução, sobretudo à luz da técnica do desestímulo. Dispositivo: Autorizaram o diferimento do recolhimento das custas de preparo e negaram provimento à apelação." (Apelação nº 0002007-37.2008.8.26.0146, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 29.01.2019).

A indenização é devida uma vez que restou caracterizado o dano moral causado à autora, em virtude de falha na prestação de serviços pela instituição financeira. Ocorrido o dano moral, a indenização deve levar em consideração a sua intensidade e deve ser fixada com base em critérios legais e doutrinários, cujos limites vêm sendo adotados pela jurisprudência dominante, a fim de evitar abusos e eventual enriquecimento ilícito.

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

No caso em exame, não merece acolhimento o pedido do apelante de redução do valor da indenização por danos morais, que foi arbitrado na sentença em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O valor da reparação dos danos morais deve se pautar pelos critérios de equidade, que levem em consideração a posição social da ofendida, o comportamento do ofensor, a repercussão da ofensa e o caráter punitivo da indenização, visando a desestimular a prática reiterada de atos como o narrado nos autos.

Além disso, a indenização deve ser, de acordo com a jurisprudência, arbitrada com equilíbrio e proporcionalidade, evitando-se que ocorra o enriquecimento sem causa de quem a recebe e, inversamente, o empobrecimento, também ilícito, de quem a paga.

Na hipótese dos autos, o *quantum* indenizatório (R$ 10.000,00) foi bem estabelecido, sendo suficiente para compensar a autora pelo dano causado pelo réu e evitar a reincidência do comportamento, sem enriquecer ou empobrecer qualquer das partes envolvidas.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que é preciso levar em consideração o porte econômico das partes, as características do ofensor e do ofendido e as circunstâncias em que se deu o evento, cumprindo as finalidades pedagógica e sancionatória, de modo que este relator entende que o valor arbitrado, diante das peculiaridades do caso concreto, revela-se adequado.

A respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. Empréstimo consignado com desconto em benefício previdenciário Perícia que constatou a falsidade da

> assinatura aposta. Falha na prestação de serviços. Ilícito caracterizado. Reparação moral devida. Responsabilidade objetiva do banco por fortuito interno decorrente de fraude. Súmula 479 do C. STJ. Dano "in re ipsa". Redução. Descabimento. Quantia que se mostra adequada e compatível com as circunstâncias. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (Apelação nº 1031793-25.2015.8.26.0224, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. 17.10.2018).

Por fim, não se justifica a restituição em dobro, como constou da sentença, uma vez que o artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor, em consonância com o disposto no artigo 940 do Código Civil, se aplica em casos de cobrança oriunda de má-fé por parte do fornecedor em sua cobrança, que não se vislumbrou na espécie, motivo pelo qual o recurso do requerido deve ser acolhido apenas nesse ponto.

> Nesse sentido é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "CONTRATO BANCÁRIO. COBRANÇAS INDEVIDAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. INCABÍVEL A REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. RECURSO IMPROVIDO. 1. – Conforme assentado na jurisprudência desta Corte, a repetição será na forma simples quando não existir má-fé do credor ou o encargo tenha sido objeto de controvérsia judicial. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido"[3]

Anote-se que constou no contrato a data de 27.11.2018 (fls. 60/62) data anterior a 30/03/2021, termo da modulação do referido julgado do STJ, de modo que a situação fática dos autos não autoriza a restituição em dobro, nos termos do Tema 929 do STJ.

Merece, portanto, a sentença ser reformada em parte, apenas para o fim de determinar que a restituição do valor à autora, se dê de forma simples, visto que não houve má-fé por parte do réu. No mais, a sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais.

Acrescente-se que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o julgador não é obrigado a responder todas as questões invocadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.

Para fins de prequestionamento, enfatiza-se que toda matéria devolvida no apelo se encontra prequestionada e que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

Advirtam-se que eventual recurso a este acórdão estará sujeito ao disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 1.026 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

3 AgRg no AREsp 15.707/PR, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 09/08/2011, DJe 22/08/2011.

3.- Ante o exposto, **dá-se parcial** provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002334-14.2022.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante ADRIANA DANTAS AMARO PEREIRA, é apelado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.174)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO DOMÉSTICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO EM RAZÃO DE SUPOSTAS CONDIÇÕES CLIMÁTICAS ADVERSAS. FORTUITO INTERNO. RESPONSABILIDADE NÃO ELIDIDA. DANO MORAL. NECESSIDADE DE AQUISIÇÃO DE PASSAGEM DE OUTRA COMPANHIA AÉREA E ATRASO DE APROXIMADAMENTE 07 HORAS PARA CHEGADA AO DESTINO, SEM A PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MATERIAL POR PARTE DA RÉ. DANO MATERIAL BEM COMPROVADO. TRANSTORNOS QUE DESBORDAM DO MERO ABORRECIMENTO E CARACTERIZAM DANO MORAL. MENSURAÇÃO. REPARAÇÃO ORA ARBITRADA NO VALOR DE R$ 4.000,00, QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA INDENIZAR ADEQUADAMENTE OS DANOS DECORRENTES DO ILÍCITO EM QUESTÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA DO ARBITRAMENTO (SÚMULA 362, STJ) E

Acesso ao Sumário

JUROS DE MORA DA CITAÇÃO (ART. 405, CC). - RECURSO PROVIDO.

VOTO

1) Trata-se de tempestivo e preparado recurso de apelação (fls. 125/135), interposto pela autora contra a r. sentença de fls. 115/122, que julgou improcedente a ação, condenando-a nos encargos sucumbenciais.

Irresignada, ela apela, pleiteando a reforma da sentença. Alega, em síntese, que as supostas adversidades climáticas que seriam causadoras do cancelamento do voo não foram devidamente comprovadas. Sustenta que os gráficos e dados mencionados na defesa pela ré não se referem ao caso vertente e devem ser desconsiderados. Afirma que a companhia aérea não atuou consoante os ditames da Resolução nº 400/2016 da ANAC, deixando de providenciar quaisquer das alternativas exigidas, e deixando até mesmo de oferecer a acomodação de voo em horário compatível. Por tais motivos, pugna pelo provimento do recurso, a fim de que a ação seja julgada procedente, condenando-se a ré à restituição do montante pago pela passagem aérea da LATAM, bem como ao pagamento de indenização pelos danos morais causados, no importe de R$ 4.000,00.

Contrarrazões recursais a fls. 141/164 e memoriais a fls. 170/175.

Não houve oposição das partes ao julgamento do recurso em sessão virtual.

2) Admito o apelo, reconhecida sua regularidade formal. O apelo é tempestivo, preparado (vide complementação do preparo recursal providenciada a fls. 177/179) e foram atendidos os requisitos do art. 1.010 do CPC.

3) Cuida-se de ação indenizatória ajuizada por ADRIANA DANTAS AMARO PEREIRA contra AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A, com o escopo de obter a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em vista do cancelamento do voo originalmente contratado para 7 de janeiro de 2022, partindo do aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro/RJ, com destino a Congonhas/SP, o que implicou na necessidade de aquisição de nova passagem aérea da empresa LATAM, resultando atraso de aproximadamente 7 horas para chegada ao destino, sem a prestação de auxílio material.

Processada e respondida a demanda, sobreveio a r. sentença de improcedência do pedido, contra a qual se insurge agora a autora.

4) Incontroverso, dos autos, que a companhia aérea ré não cumpriu a obrigação de conduzir a autora ao destino pretendido nos moldes do contrato de transporte aéreo, pois em decorrência do cancelamento do voo do Rio de Janeiro a São Paulo, previsto para às 8,15 horas do dia 07.01.2022, a autora viu-se obrigada a adquirir nova passagem, de companhia aérea diversa, para que pudesse

Acesso ao Sumário

chegar em São Paulo no mesmo dia, já que faria uma prova de concurso no dia seguinte. O atraso, mesmo assim, foi de 7 horas.

Nesse passo, diante da responsabilidade objetiva assumida pela acionada no cumprimento do escopo do contrato -- seja sob a égide do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor --, cumpria-lhe o ônus de provar a superveniência de causa excludente de responsabilidade.

Para justificar o ocorrido, a ré alegou que o atraso do voo resultou de condições climáticas adversas, o que levou o Juízo *a quo* a admitir a existência da excludente de responsabilidade; ademais, entendeu o douto magistrado não terem sido comprovados os danos aventados na inicial.

5) Respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, o recurso comporta provimento.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.584.465/MG, alterou o entendimento até então adotado quando à configuração *in re ipsa* do dano moral na hipótese de atraso em voo, para exigir, nesses casos, a demonstração, pelo lesado, da mácula em sua honra e dignidade, fixando os parâmetros para constatação da ocorrência do dano moral:

> "*DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. ATRASO EM VOO INTERNACIONAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de atraso de voo internacional e extravio de bagagem [...] 5. Na específica hipótese de atraso de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida. 6. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os*

Acesso ao Sumário

desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros..." **(STJ - REsp 1584465/MG - rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 21/11/2018)**.

Tendo por norte as premissas fixadas pela Corte Superior e consideradas as particularidades do caso em exame, é possível concluir que os transtornos sofridos pela demandante desbordaram do mero aborrecimento, constituindo dano moral passível de reparação.

Inicialmente, importante ressaltar que, ainda que fatores climáticos que superem a normalidade e coloquem em risco a segurança dos contratantes dos serviços de transporte aéreo consubstanciem causa de força maior extrínseca, a eximir a companhia aérea de responsabilidade por eventual atraso ou cancelamento decorrente, nada na espécie foi provado pela ré.

Para comprovar a suposta falta de condições meteorológicas que teria levado ao cancelamento do voo, limitou-se a lançar na contestação cópia de tela do METAR, extraída do *site* da ANAC, fls. 53, na qual não consta a menção a eventual problema meteorológico, mas apenas dados genéricos.

Assim, dada a generalidade dos termos lançados na mencionada tela do METAR, bem como nos quadros de exemplos colacionados a fls. 54/56, não é possível concluir que o cancelamento do voo teria decorrido efetivamente dos supostos fatores meteorológicos alegados pela ré, até porque não foi devidamente explicado nem mesmo a qual aeroporto, se o de origem ou de destino, se referiam.

Trata-se de elemento sem força probatória, por não indicar de forma satisfatória os problemas climáticos ocorridos na data dos fatos que teriam impedido a decolagem ou a aterrissagem no horário contratado. Ademais, outros voos partiram do Rio de Janeiro e aterrissaram normalmente no aeroporto de Congonhas e de Guarulhos, no dia 07.01.2022, pela manhã, conforme se pode verificar dos documentos juntados com a inicial a fls. 22 e 23.

Cabe consignar, ainda, que, considerando o atual avanço tecnológico, tanto na área de aviação, como de meteorologia, a irresistibilidade do evento deve ser tamanha a impedir sua prematura detecção ou contingenciamento, tal como anota o Prof. e Des. **MARCO FABIO MORSELLO** em importante obra sobre o tema:

"[...] não subsistirá a força maior extrínseca, na hipótese de dano derivado de referidas condições, quando detectáveis previamente, afigurando-se factível a tomada de medidas preventivas eficazes, de modo a elidir a irresistibilidade, ínsita à referida eximente [...] Cumpre observar, outrossim, que, nas hipóteses em que houver formação de fenômenos *meteorológicos adversos, referidos no*

Acesso ao Sumário

parágrafo anterior, quando a aeronave já se encontrar em voo, poderá afigurar-se imprescindível o desvio de percurso ou até mesmo a aterrisagem em outro aeroporto, já que a segurança, com a correlata obrigação de proteção aos passageiros, preponderam in casu, não emergindo, destarte, o dever de indenizar por eventual atrasado causado para chegada ao local de destino contratado. Da mesma forma, com o escopo de elidir o dano, a informação meteorológica de referidos fenômenos, atualmente, também obtida por aparelhagem na aeronave, possibilitará o cancelamento de voo ainda não iniciado ou seu atraso, com esteio na força maior extrínseca, que elide a responsabilidade do transportador" ***(Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. Ed. Atlas: São Paulo, 2006, p. 319/320)***.

Nada disso ficou caracterizado nos autos, daí porque não é possível reconhecer a causa excludente de responsabilidade alegada pela requerida.

Dessa forma, configurada a falha na prestação dos serviços, resultando na necessidade de espera de horas no saguão do aeroporto até o efetivo embarque em voo de outra companhia aérea (LATAM), já que a ré não se dispôs a admiti-la em outro voo no mesmo dia; e tendo em vista a premência da chegada na cidade de São Paulo, pois a autora comprovou que realizaria uma prova para a Residência Médica 2022 do IAMSPE - Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual, no dia seguinte (08.01.2022), às 8h15, não há como se afastar a responsabilidade da AZUL pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados à autora, que foi sujeita à situação de estresse anormal capaz de gerar alteração anímica relevante, face à quebra da justa expectativa de uma viagem tranquila e sem intercorrências.

Na lição do Prof. e Des. **SERGIO CAVALIERI FILHO**: "*O importante, destarte, para a configuração do dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter.*" **(Programa de Responsabilidade Civil. Atlas: São Paulo, 7ª Edição, 2007, pág. 81)**.

E segundo a Profª **MARIA CELINA BODIN DE MORAES**: "*no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes tem como adquirido que o dano moral é aquele que, independente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualize cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza, humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas*" **(Danos à Pessoa Humana, Renovar, p. 157)**.

Assim, ressalvado entendimento do Juízo *a quo* em sentido contrário, reputa-se suficientemente demonstrado o dano moral sofrido pela passageira a

Acesso ao Sumário

justificar a imposição da correspondente indenização.

6) A mensuração do dano deve contemplar, precipuamente, as funções ressarcitória e punitiva, levando em conta, respectivamente, a repercussão dos transtornos presumivelmente sofridos pelo autor e, de outra parte, sob a ótica do desestímulo, a reprovabilidade da conduta da ré.

É certo, ainda, que o valor da indenização por danos morais deve ser estimado em termos razoáveis, não se justificando imposição que possa implicar enriquecimento ilícito e nem aquela que não exerça função reparadora. Deve-se considerar, por fim, as condições econômicas tanto do ofensor, quanto do ofendido, e os precedentes jurisprudenciais em causas de mesma natureza.

Nesse sentido, esclarece SÉRGIO CAVALIERI FILHO 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 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, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 90).**

Assim, considerada a repercussão dos danos sofridos pelo autor, o grau de culpa do agente e a situação econômica das partes, entendo razoável arbitrar a indenização por danos morais no importe pleiteado pela autora, qual seja, R$ 4.000,00, valor que se mostra em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade adequados para se assegurar à ofendida a justa reparação.

Tal importe deverá ser corrigido a partir do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do e. STJ, e acrescido de juros de mora desde a citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, por se cuidar de responsabilidade contratual.

Deverá a ré restituir à autora o montante comprovadamente pago a título de passagem aérea adquirida da LATAM (R$ 2.255,06, fls. 24/27), corrigido desde o desembolso e acrescido de juros de mora legais a partir da citação.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para julgar procedentes os pedidos, nos moldes acima especificados, arcando a vencida com as custas e honorários advocatícios de 20% da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029218-45.2021.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante HB SAÚDE S/A, é apelada DIÊNIFRE CAROLINE DE ARAÚJO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

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 42.674)**

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

São Paulo, 7 de fevereiro de 2023.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – OBRIGAÇÃO DE FAZER – RESCISÃO DO CONTRATO POR SUPOSTA INADIMPLÊNCIA – RÉ NÃO SE DESINCUMBIU DO ENCARGO DE PROVAR FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA AUTORA – MENSALIDADE NÃO QUITADA POR ERRO DA OPERADORA, UMA VEZ QUE A AUTORA HAVIA AUTORIZADO O DÉBITO AUTOMÁTICO – ABUSIVIDADE CARACTERIZADA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – AÇÃO PROCEDENTE – FUNDAMENTOS DA SENTENÇA QUE DÃO SUSTENTAÇÃO ÀS RAZÕES DE DECIDIR – APLICAÇÃO DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, ajuizada por Diênifre Caroline de Araújo contra HB Saúde S.A., que a respeitável sentença de fls. 98/101, cujo relatório ora adotado passa a fazer parte integrante do presente *decisum*, julgou procedente para determinar o restabelecimento definitivo do plano de saúde contratado, condenando a ré a pagar à autora à título de compensação pelos danos morais sofridos, a quantia de R$5.000,00, além do pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.000,00.

Recorre a parte-apelante sustentando, em suma, que notificou a recorrida da inadimplência, de maneira que cabia à mesma entrar em contato com a operadora para que a situação fosse resolvida e não permanecer inerte. Afirma que o cancelamento do contrato ocorreu de forma regular, inexistindo abusividade.

Acesso ao Sumário

Alega que não cometeu qualquer ilícito e que a inadimplência é incontroversa, não restando configurada a ocorrência de dano moral. Pugna, no final, pela reforma da sentença e pela improcedência dos pedidos iniciais. Alternativamente, requer que seja afastada a condenação por danos morais.

Por sua vez, a parte-apelada, em resposta, manifesta-se no sentido de que a abusividade da apelante é inequívoca, pois anuiu com o débito automático. Diz, ainda, que as violações praticadas pela ré e o dano gerado são incontestáveis.

Enfim, pretende que seja mantido o que consta da decisão *sub censura.*

O recurso foi preparado e os autos foram remetidos à esta superior instância.

É o relatório.

De início, o presente julgador esclarece que, a despeito de sua opinião pessoal, o presente feito está sendo examinado à luz das exigências deste Tribunal objetivando implementar medidas para acelerar a apreciação das demandas a ele submetidas, com vistas ao cumprimento da exigência constitucional de dar ao processo uma duração não mais do que razoável, em obediência ao disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 (Emenda Constitucional n° 45 de 08.12.2004).

Feitas tais observações, em que pese a irresignação da parte-apelante o recurso não merece ser provido.

Isso porque, de acordo com o que consta da r. sentença de fls. 98/101:

"[...] Dos documentos juntados aos autos verifica-se que, de fato, a autora solicitou aos 23/02/2021 o débito automático das mensalidades em sua conta bancária, conforme se observa a p. 21.

Dessa forma, já sem encontrava a ré autorizada a debitar mensalidade vencida em 28/02/2021 diretamente na conta corrente da autora. Todavia, assim não procedeu.

Com efeito, a ré cobrou as mensalidades dos meses posteriores (03/2021 e 04/2021), conforme se observa a p. 23, deixando, como dito, de proceder da mesma forma referente ao mês de fevereiro, o que levou ao cancelamento indevido, considerando que a autora havia providenciado a autorização do débito em data anterior ao vencimento.

Embora tenha a ré, de fato, notificado a autora do inadimplemento da mensalidade (pp. 58/60), não era o caso de cancelar o plano de saúde, bastando o lançamento do débito na conta informada quando do seu vencimento, ou mesmo realizar sua cobrança por meio de boleto, mas preferiu o cancelamento sem observar as circunstâncias que envolviam o contrato, assumindo o risco de sua conduta.

Acesso ao Sumário

Como se vê, trata-se o presente caso de indiscutível cancelamento indevido e abusivo de plano de saúde, cuja escusa não merece acolhimento. O episódio é de exclusividade da ré, que sem condições de justificar o absurdo do procedimento, pretende excluir sua culpa com base em meras conjecturas.

Realmente, não merece elogios a conduta da requerida que por desorganização ou má escolha de prepostos, promove, sem tomar as cautelas devidas, o cancelamento de plano de saúde, ocasionando danos à autora que se viu impedida de realizar as consultas e exames a que tinha direito, atingindo a esfera extrapatrimonial da autora, cabendo indenização por danos, a qual passo a examinar[...]"

Ora, diante de tais considerações fica evidente o acerto no qual incorreu o Juízo *a quo*, eis que a parte ré não logrou provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora, restando incontroverso que a mensalidade não foi quitada por erro da apelante e, uma vez reconhecida a ilegalidade do cancelamento do plano de saúde, e em sendo os danos presumidos, haja vista a natureza dos direitos envolvidos (vida e saúde), a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais era medida de rigor, sendo que o valor arbitrado está em consonância com os elementos existentes nos autos e com os princípios jurídicos que norteiam a reparação extrapatrimonial.

Eis então a *ratio decidendi* que, somadas às razões expostas pelo juízo de primeiro grau, justificam perfeitamente a solução ora adotada, de modo a satisfazer as condições do artigo 93, inciso IX de nossa Carta Constitucional.

Em outros termos, está demonstrado que os fundamentos externados pelo juízo de primeiro grau se prestam perfeitamente a dar embasamento para rejeitar o inconformismo do recurso da parte ré e que, em virtude de sua clareza e rigor, são aqui adotados como razões de decidir.

É o que dispõe o artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, com a redação que lhe foi dada pelo Assento Regimental n° 562/2017 (DJe de 30.03.17, publicado em 31.03.17):

"Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento."

Com efeito, a aplicação do dispositivo regimental acima transcrito tem sido prestigiada pela unanimidade das câmaras deste Tribunal de Justiça, mormente por sua primeira seção, a saber: TJSP, Apelação Cível nº 0004870-33.2017.8.26.0248, Relator Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 09/06/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1000090-02.2018.8.26.0441, Relator Alvaro Passos, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação

Acesso ao Sumário

Cível nº 1002471-46.2013.8.26.0606, Relatora Maria do Carmo Honorio, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07/07/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1047352-43.2014.8.26.0002, Relator Fábio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 21/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1033861-06.2019.8.26.0224, Relator A. C. Mathias Coltro, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 17/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1005845-27.2014.8.26.0609, Relator Dimitrios Zarvos Varellis, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 12/12/2019 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 0087385-16.2019.8.26.0100, Relator Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 07/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1090098-78.2018.8.26.0100, Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 12/08/2020 v.u.; TJSP; Apelação Cível nº 0014785-49.2018.8.26.0482, Relator Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2020 v.u.; TJSP; Apelação Cível nº 1004068-29.2019.8.26.0642, Relator Jair de Souza, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 22/08/2020 v.u.

Por conseguinte, essa *"... técnica de decidir é louvável quando o juiz do segundo grau nada tem a acrescentar à decisão do juiz a quo, repetindo-a, consequentemente, com outras palavras e citando mais um ou outro acórdão. Nos tempos atuais, em que o número de processos é assustador, não tem lógica, nem é compreensível, que o juiz ad quem assim proceda. A motivação per relationem, desse modo, impõe-se não só nos Juizados Especiais, como nos Juízos Comuns"* (TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 651).

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça vem incentivando as cortes estaduais e federais à aplicarem, na resolução dos conflitos de interesses a elas submetidos, dispositivos legais e regimentais similares ao ora invocado, ratificando decisões que encontrem, no julgado censurado, apoio para fundamentar suas próprias decisões, mas desde que fique devidamente explicitado no que consistiria o acerto da decisão:

> *"... é predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum."* (STJ – AgRg no REsp 1339998/RS 4ª Turma – Ministro RAUL ARAÚJO – j. 15.05.14 – DJe 16.06.14)

Por fim, levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários recursais devidos pela apelante para R$ 1.200,00.

Em decorrência do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso nos termos supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003289-78.2022.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante ED CARLOS RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDAÇÃO SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para reformar a sentença que julgou extinto o feito em análise de mérito e, com fulcro no art. 1.013, § 3º, I do CPC, julgaram improcedentes os pedidos, extinguindo o feito com base no art. 487, I da lei processual", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.866)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), MARCOS GOZZO e LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2022.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: QUERELA NULLITATIS. Sentença de extinção por ausência de interesse processual. Contexto fático que evidencia a presença dos pressupostos à postulação em juízo. Decisões judiciais anteriores que consagram a indispensabilidade e pertinência da presente ação anulatória. Sentença terminativa reformada. Causa madura. Possibilidade de julgamento do mérito, conforme art. 1.013, § 3º, inciso I do Código de Processo Civil. Alegação de nulidade da citação rejeitada, pois realizada em endereço pesquisado via Bacenjud e informado por diversas instituições financeiras. Recebimento do AR, ademais, por pessoa que se identificou por pelo prenome e parte do nome do autor ("Ed Carlos Silva"). Ausência de verossimilhança e da comprovação do recebimento da intimação por pessoa diversa. Pedidos julgados improcedentes.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.

714/716, que indeferiu a inicial em ação declaratória de nulidade de ato jurídico -processual ajuizada por Ed Carlos Rodrigues da Silva, extinguindo o feito sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 330, inciso III e 485, inciso I e VI, ambos do Código de Processo Civil.

Alega o apelante, repisando os argumentos deduzidos na inicial, que houve nulidade na citação ocorrida nos autos da ação monitória nº 1005682-78.2019.8.26.0348, ajuizada pela Fundação apelada em 01/07/2019. Sustenta que a carta de citação emitida naqueles autos, ao ser enviada pelo correio, foi recebida por terceiro que, embora ostente nome parecido (*"Ed Carlos Silva"*, RG 276.543.947) não se confunde com a pessoa do apelante. Menciona a divergência na numeração do RG e CPF do recebedor da citação. Prossegue aduzindo que a ação monitória foi processada e julgada à revelia, dando ensejo ao incidente de cumprimento de sentença nº 0005639-27.2020.8.26.0348, no qual foi emitida intimação enviada ao mesmo endereço e também recebida pelo terceiro (*Ed Carlos Silva*).

Esclarece que teve ciência da cobrança judicial somente quando surpreendido pelo bloqueio de valores em suas contas bancárias, e que foram rejeitadas as matérias de defesa ofertadas em sede de exceção de pré-executividade, no agravo de instrumento nº 2187242-39.2021.8.26.0000, bem como na ação rescisória nº 2155229-84.2021.8.26.0000, ressaltando que este E. Tribunal ainda não analisou a nulidade da sentença por falta de citação.

Ressalta que a questão da nulidade da citação não foi conhecida no agravo de instrumento em razão da existência da ação rescisória, mas o processamento desta também foi indeferido, com rejeição da petição inicial, por força da constatação de que a matéria deveria ser arguida em ação anulatória com viés de *querella nulitatis*.

Nesse contexto, requer a reforma da sentença que indeferiu a inicial da presente ação anulatória, ante o equívoco na premissa de que a matéria atinente à nulidade da citação na ação monitória teria sido reexaminada em sede de recurso por este E. Tribunal.

Prossegue o apelante, ademais, reiterando a alegação de invalidade da citação. Ressalta que o endereço utilizado no AR não é condomínio edilício ou loteamento, de modo que deve incidir a regra do art. 248, § 4º do Código de Processo Civil.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Determinada a citação da Fundação Santo André (fls. 3693), em atenção ao artigo 331, § 1º do CPC, foram apresentadas contrarrazões (fls. 3696/4623).

Valor atribuído à causa em 31/03/2022: 24.024,04.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento no que tange à extinção prematura da ação anulatória.

Com efeito, em consulta aos autos dos processos mencionados (ação monitória nº 1005682-78.2019.8.26.0348, cumprimento de sentença nº 0005639-27.2020.8.26.0348, agravo de instrumento nº 2187242-39.2021.8.26.0000 e ação rescisória nº 2155229-84.2021.8.26.0000), vê-se que o apelante ingressou na fase de execução após o bloqueio de ativos financeiros no valor original de R$ 268,19, via Sisbajud.

Opôs exceção de pré-executividade arguindo a nulidade da citação na ação monitória e da intimação na fase de cumprimento de sentença. Por decisão de fls. 160/164 dos autos da execução, o argumento foi repelido, razão pela qual foi interposto o recurso de agravo de instrumento mencionado.

No julgamento do agravo, consignou-se:

"De início, não se conhece do pedido de reconhecimento da ocorrência da prescrição dos valores cobrados por falta de citação válida, uma vez que há ação rescisória (nº 2155229-84.2021.8.26.0000), sem concessão de efeito suspensivo, apresentada pelo ora agravante objetivando a desconstituição da r. sentença proferida na Ação Monitória nº 2244919-32.2018.8.26.0000, que o condenou ao pagamento das mensalidades inadimplidas decorrentes do contrato de prestação de serviços educacionais que firmou com a Fundação Santo André, ora agravada, sob o fundamento de invalidade da citação e tramitação do processo à sua revelia".

(TJSP; Agravo de Instrumento 2187242-39.2021.8.26.0000; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/11/2021; Data de Registro: 18/11/2021, *grifo nosso)*

Contra referida decisão colegiada foi apresentado Recurso Especial, inadmitido, e agravo de instrumento ao STJ, o qual se encontra em processamento, conforme consulta ao andamento processual eletrônico disponível.

Posteriormente, em análise mais aprofundada, a inicial da ação rescisória acabou indeferida, considerando-se o pacífico posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a via rescisória não é a adequada para questionar tanto a inexistência quanto a nulidade da citação. Constou do v. acórdão:

Acesso ao Sumário

"Na hipótese, o autor pretende a declaração de nulidade do ato citatório, afirmando para tanto que o Aviso de Recebimento da carta de citação teria sido firmado por pessoa que lhe seria totalmente desconhecida, redundando, assim, no julgamento da lide sem a participação do verdadeiro réu.

Porém, para o manejo de ação rescisória é necessária a existência de sentença transitada em julgado e, consoante ensina a boa doutrina *"Se a*

sentença foi dada à revelia da parte, por exemplo, sem sua citação ou mediante citação nula, o processo válido inexistiu e, consequentemente, coisa julgada não se formou" (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 50ª ed., 2017, 915).

Dessa forma, atacando-se o ato citatório, busca-se o reconhecimento da inexistência de constituição válida do processo e, consequentemente, a inexistência da sentença (para aquele que nunca integrou a lide), não subsistindo, portanto, trânsito em julgado para ser rescindido.

É por essa razão que a discussão acerca da existência e regularidade da citação prescinde do juízo rescisório, devendo ser discutida em ação autônoma a ser ajuizada na origem.

Neste sentido tem entendido este E. Tribunal de Justiça: (...)"

(TJSP; Ação Rescisória 2155229-84.2021.8.26.0000; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/03/2022; Data de Registro: 08/03/2022)

Daí porque ingressou o apelante com a presente ação anulatória.

Diante de tal contexto, o recurso comporta provimento para reformar a decisão terminativa, reconhecendo-se a presença dos pressupostos processuais a viabilizar a propositura da presente ação.

Outrossim, estando a causa madura, possível o julgamento do mérito, à luz do que preconiza o art. 1.013, § 3º, I do CPC.

Pois bem.

Insiste o apelante que não houve citação válida na ação monitória e intimação regular no cumprimento de sentença.

O que se infere dos processos é que a primeira tentativa de citação restou infrutífera, apesar de enviada correspondência com AR para o endereço constante do contrato de prestação de serviços educacionais que originou a dívida cobrada. Observa-se que o AR foi devolvido com a informação: "Mudou-se" (fls. 382 da ação monitória).

Efetuada a busca de informações via Bacenjud, a partir do número de CPF do apelante, foram obtidos diversos endereços, entre eles o da Rua José Pinto, 129, Jd. Santa Lídia, Mauá/SP, CEP 09311-050, informado por instituições como Banco do Brasil, Banco Fiat S/A e Banco Itaudcard S/A.

Emitida a correspondência a tal endereço, foi recebida sem ressalvas por pessoa que se identificou como *"Ed Carlos Silva"*, indicando números de identidades diferentes nos AR emitidos na ação monitória e do cumprimento de sentença (fls. 413 e 23, respectivamente).

O autor, ora apelante, em momento algum explicita se residiu nesse endereço e em qual período, tampouco o motivo de constar esse domicílio no

Acesso ao Sumário

cadastro de várias instituições financeiras.

O argumento de que os números da identidade fornecido nos ARs não coincidem não se mostra razoável para acolher a pretensão, vez que em cada AR foi informado uma numeração diferente e não há esclarecimento acerca do tipo de documento informado (RG, carteira de trabalho, CNH etc).

Desse modo, adota-se e confirma-se, por seus próprios fundamentos, as razões de decidir explicitadas na decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade (**fls. 160/164** dos autos do cumprimento de sentença), no que tange ao questionamento da validade da citação.

Transcreve-se, por oportuno:

"A tese de nulidade de citação na demanda principal também não vinga, pois o devedor indicou o seu endereço no contrato firmado, aquele mesmo que constou das pesquisas realizadas nos bancos de dados oficiais (fls. 389/391 dos autos principais), restando comprovado que se mudou depois (carta assinada por "Ed Carlos Silva" à fl. 413 dos autos principais).

Logo, se mudou de endereço sem comunicação formal ao credor ou atualização de seus dados perante os bancos de dados oficiais, responde por sua deliberada omissão, de modo que a pretendida nulidade de citação, nem se longe, se caracterizou.

Com efeito, a carta de citação foi validamente recebida, sem qualquer ressalva da pessoa que se identificou como o executado, indicando, inclusive número de documento que foi apresentado ao carteiro responsável pela entrega, de modo que, eventuais filigranas (ausência de um sobrenome ou dígito do RG) não se presta a nulificar o ato.

A afirmação do executado que *"jamais residiu no endereço citado"* chega a resvalar em litigância de má fé, vez que, fornecido espontaneamente pelo próprio no momento da contratação, constando ainda nos bancos de dados oficiais consultados, caindo por terra o argumento apresentado,

Por derradeiro, também não se há de falar em prescrição, vez que, consoante art. 240, § 1º do CPC, a citação válida interrompe o referido prazo, retroagindo à data da distribuição da ação.

(...)"

Desse modo, indemonstrada a invalidade do ato citatório, seja por se tratar de endereço constante dos diversas instituições financeiras e obtido via Bacenjud, seja porque os avisos de recebimento foram recebidos sem ressalva por pessoa identificada como "Ed Carlos Silva", **julga-se improcedente** os pedidos declinados na inicial.

Sucumbente o apelante, arcará com as custas, despesas processuais e honorários de 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso para reformar a sentença que julgou extinto o feito em análise de mérito e, com fulcro no art. 1.013, § 3º, I do CPC, **julga-se improcedentes** os pedidos, extinguindo o feito com base no art. 487, I da lei processual.

São as partes advertidas, desde já, que eventuais embargos de declaração opostos sem o devido cabimento (art. 1022 CPC) estarão sujeitos ao pagamento de multa de até dois por cento sobre o valor atualizado da causa, conforme art. 1026, § 2º do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025812-63.2019.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes E.H.F.L. (MENOR REPRESENTADO) e L.S.F.S. (REPRESENTANDO MENOR), é apelado E.G.L.J..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.301)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente), JAIR DE SOUZA e COELHO MENDES.

São Paulo, 13 de janeiro de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Alimentos – Extinção do feito sem resolução de mérito – Ausência de intimação pessoal do exequente para dar prosseguimento ao feito – Incidência do artigo 485, inciso III, e § 1º, do CPC – Não bastasse, nos termos do artigo 485, § 6º, do mesmo diploma, e da Súmula 240 do C. Superior Tribunal de Justiça, a extinção do processo por abandono da causa depende de requerimento do réu, o que não se verifica no presente caso – Extinção afastada – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 246, que julgou extinta a execução, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, III, do Código de Processo Civil.

Apela o exequente alegando, em resumo, que não houve abandono da causa, porque não foi intimado pessoalmente para dar andamento ao feito, em conformidade com o § 1º, do artigo 485, do CPC; e que havia necessidade de provocação expressa da parte contrária para que o processo fosse extinto, consoante Súmula 240 do STJ; pede o provimento do recurso (fls. 252/257).

Ausentes contrarrazões.

Manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 276/278).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação de cumprimento de sentença de alimentos, pelo rito da penhora.

Ao que se verifica, a r. decisão de fls. 238 determinou que o exequente se manifestasse, em dez dias, para dar prosseguimento ao feito, bem como acerca do resultado das pesquisas via Sisbajud às fls. 233/237.

Certificado o decurso de prazo às fls. 241 sem manifestação do exequente.

Contudo, para extinção do feito em razão da inércia da parte é imperiosa sua intimação pessoal para o fim de dar andamento ao processo, no prazo de cinco dias, à luz do artigo 485, § 1º, do Código de Processo Civil.

Não bastasse, o § 6º do dispositivo legal supracitado é expresso ao dispor que *"oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu"*.

Sobre o tema, prevê a Súmula nº 240 do C. Superior Tribunal de Justiça: *"A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu"*.

Mas não houve pedido do executado neste aspecto.

A este respeito, a d. Procuradoria de Justiça pontuou: *"Verifico que, de fato, o exequente não foi pessoalmente intimado do r. despacho de fls. 238, descumprida a exigência do artigo 485, §1º, do Código de Processo Civil. Logo, não se justificava a extinção imediata do processo, ainda mais porque o feito envolve interesse de criança e matéria de cunho alimentar"* (fls. 276/278).

No mesmo sentido, a jurisprudência:

"Alimentos. Cumprimento de sentença pelo rito da penhora. Extinção com fundamento no artigo 485, inciso III, do Código de Processo Civil. Descabimento. Demanda de interesse de menores. Circunstâncias que

Acesso ao Sumário

não autorizavam a extinção por abandono. Ausência de regular intimação prévia e de requerimento pelo demandado, nos termos da Súmula n. 240 do Superior Tribunal de Justiça. Autoras não localizadas para intimação pessoal. Necessidade de diligências complementares ou intimação por edital. Precedentes do STJ e desta Câmara. Extinção revista. Sentença revista. Recurso provido" (TJ/SP, Apelação nº 0013292-64.2020.8.26.0224, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Claudio Godoy, julgado em 12/12/22, v.u.);

"REVISIONAL DE ALIMENTOS – Extinção do feito – Falta de andamento processual – Impossibilidade – Ausência de intimação pessoal do autor (art. 485, § 1º NCPC) – Medida que exige prévia intimação pessoal da parte para dar curso à ação, inclusive por edital, se o caso – Formalidade preterida – Apelação provida para cassar a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito" (TJ/SP, Apelação nº 1000868-50.2020.8.26.0457, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Júnior, julgado em 06/10/2022, v.u.);

"Execução de Alimentos – Extinção do processo por abandono da causa – Não observância da Súmula n. 240, do STJ Necessidade de intimação pessoal – Extinção afastada – Recurso provido" (TJ/SP, Apelação nº 0000651-87.2020.8.26.0048, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alcides Leopoldo, julgado em 08/08/2022, v.u.).

Assim, por qualquer ângulo que se analise, não se apresentava cabível a extinção do processo, razão da anulação da r. sentença de fls. 246.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003244-14.2022.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que é apelante L.C.I.T. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada A.G.F.T. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.789)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 23 de janeiro de 2023.

Acesso ao Sumário

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – Improcedência – Insurgência do alimentante – Descabimento – Pedido de exoneração fundado na maioridade civil e na capacidade de prover o próprio sustento – Término do poder familiar que, por si só, não afasta a possibilidade de prestar alimentos – Vínculo de parentesco como fundamento após atingida a maioridade – Prova de que a alimentada está cursando nível superior – Persistência da necessidade comprovada – Ausência de comprovação da diminuição da capacidade financeira do alimentante – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença (fls. 131/135) proferida em autos de Ação de Exoneração de Alimentos que a julgou improcedente, condenando o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, ressalvada a gratuidade.

Inconformado apela o autor (fls. 153/158), sustentando que apelada não se encontra matriculada em curso superior, conforme documento de fl. 129, razão pela qual deve ser provido o recurso, exonerando-o do encargo alimentar.

Contrarrazões às fls. 162/166.

É o relatório.

Cuida-se de ação exoneratória fundada na maioridade da alimentada e no fato dela não estar cursando nível superior, ausente necessidade na manutenção do pensionamento.

Acesso ao Sumário

As ações exoneratórias de alimentos tem por base o disposto no artigo 1.699, do Código Civil, a saber: *"se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo."*

Como é cediço, a partir do momento em que o alimentado atinge a maioridade civil, a obrigação alimentar, que antes era fundada no dever de assistência e na presunção das necessidades do beneficiário, passa a ter como fundamento exclusivamente a relação de parentesco. Deste modo, inverte-se o ônus da prova, o qual passa a recair sobre o alimentado, que deve comprovar suas necessidades a justificar a manutenção do pensionamento.

Nesse sentido:

"Com a maioridade extingue-se o poder familiar, mas não cessa o dever de prestar alimentos, a partir de então fundado no parentesco. É vedada a exoneração automática do alimentante, sem possibilitar ao alimentado a oportunidade para se manifestar e comprovar, se for o caso, a impossibilidade de prover a própria subsistência. Diante do pedido exoneratório do alimentante, deve ser estabelecido amplo contraditório, que pode se dar: (i) nos mesmos autos em que foram fixados os alimentos, ou (ii) por meio de ação própria de exoneração." (REsp 608371/MG Ministra NANCY ANDRIGHI)

No caso em exame, apesar do atingimento da maioridade, a alimentada comprovou estar cursando nível superior (fls. 119/121).

O documento anexado pelo autor a fl. 129 sequer possui data, e não serve para se contrapor àquele reproduzido a fl. 121, datado de 09/09/2022, emitido pela instituição de ensino, com informações suficientes do curso no qual a ré se encontra regularmente matriculada, inclusive dos valores pagos e descontos concedidos.

Desta forma, ausente demonstração de que a alimentada atualmente possui renda capaz de suprir seu sustento durante período em que cursa nível superior visando completar sua formação acadêmica, para, então, adquirir capacitação para ingressar no mercado de trabalho e auferir rendimentos suficientes para sua manutenção.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Câmara:

1004692-94.2019.8.26.0281

Classe/Assunto: Apelação Cível / Exoneração

Relator(a): Alexandre Coelho

Comarca: Itatiba

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 04/06/2020

Data de publicação: 04/06/2020

Ementa: APELAÇÃO – ALIMENTOS – EXONERATÓRIA – Pedido de exoneração fundado na maioridade civil – Sentença de improcedência – Inconformismo – Rejeição – Término do poder familiar que, por si só, não afasta a possibilidade de prestar alimentos – Vínculo de parentesco como fundamento após atingida a maioridade – Prova de o alimentando, com 18 anos recém completados, estar matriculado em curso superior – Persistência da necessidade comprovada – Capacidade contributiva – Ausência de comprovação da diminuição da capacidade financeira do alimentante desde a fixação da verba alimentar ora discutida – Inexistência de comprovação da modificação do binômio alimentar – Sentença manti-

Acesso ao Sumário

da – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Persistem, assim, as necessidades da alimentada, devendo ser mantido o pensionamento.

Por outro lado, ausente qualquer demonstração de alteração da capacidade financeira do alimentante.

Em cumprimento ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC, os honorários advocatícios ficam majorados para 15% sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000816-21.2022.8.26.0219, da Comarca de Guararema, em que é apelante PATRICIA ANTUNES PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ORGANIZAÇÃO MOGIANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA S/S LTDA. – OMEC (MANTENEDORA DE).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.812)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. Sentença de procedência. Recurso da ré. Alegação de prescrição afastada. Prazo prescricional aplicável à demanda que é de cinco anos, uma vez que a cobrança está lastreada em dívida líquida constante em instrumento particular (art. 206, § 5º, I, do Código Civil). Ação proposta dentro do prazo legal. A instituição de ensino autora logrou demonstrar a legitimidade da cobrança. Subsídios que corroboram a relação contratual, bem como a prestação dos serviços educacionais, com regular participação da aluna nas atividades discentes. Ine-

Acesso ao Sumário

xigibilidade por ausência de notificação extrajudicial. Mensalidades escolares que constituem dívida ex re. Obrigação positiva e líquida que dispensa prévia interpelação do devedor Requerida que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Art. 373, II, do CPC. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *"AÇÃO DE COBRANÇA"* (sic), ajuizada por ORGANIZAÇÃO MOGIANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA S/S LTDA. em face de PATRICIA ANTUNES PEREIRA.

A r. sentença (fls. 106/109), disponibilizada no DJe de 18/10/2022 (fls. 111), julgou procedente a ação, nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar a ré a pagar, à autora, o valor de R$ 39.850,93 (trinta e nove mil, oitocentos e cinquenta reais e noventa e três centavos), acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde a propositura, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.*
>
> *Em razão da sucumbência, condeno a ré nas custas processuais, corrigidas do desembolso, e à verba honorária que fixo em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, do CPC, observando-se a gratuidade processual que ora defiro".*

Inconformada, apela a ré (fls. 112/121).

Alega, preliminarmente, que *"(...) não há nos autos prova de constituição de mora para que a Apelante efetuasse a liquidação imediata da 'suposta' obrigação ou efetuasse uma composição amigável ao contrário do que alega a Apelada. Tal procedimento é elementar ao qualquer processo de cobrança, consoante às disposições legais de julgados neste sentido"* (fls. 116).

Diz que *"A Doutrina contempla a 'Mora Ex Persona' com a Exigência e a necessidade de intimação, através de protesto ou notificação extrajudicial, sendo uma medida imprescindível. No entanto, prejudicada a Ação, a extinção do processo é medida que se impõe, uma vez que a Apelada não atendeu os requisitos básicos à propositura da ação"* (fls. 116).

Alega que a pretensão está prescrita, pois *"(...) as supostas mensalidades em atraso seriam as pertinentes aos meses de Outubro/2019 a Janeiro/2020, sendo certo que a presente ação somente foi ajuizada em 28/06/2022, ou seja, após o término do prazo facultado pela Lei para a cobrança de mensalidades oriundas de dívida escolar, de acordo com o art. 178, § 6º, VII, do Código Civil"*

Acesso ao Sumário

(fls. 117).

Invoca ilegitimidade da cobrança, na medida em que a *"A PLANILHA APRESENTADA pela Apelada às fls. 31 foi realizada de forma unilateral, NÃO HÁ PROVA CONCRETA SOBRE A EFETIVA EXISTÊNCIA DOS DÉBITOS, ou sobre a origem dos mesmos. Inclusive foram lançados Valores de Cobrança de Serviços de um mesmo Período (Mês), sem ESPECIFICAÇÃO DO QUE SE TRATA O SERVIÇO, e que estes tenham sido efetivamente utilizados pela Apelante, os quais restam impugnados desde já"* (fls. 119).

Sustenta que *"NÃO HÁ PROVA DA CONSTITUIÇÃO DA MORA DA APELANTE, causando estranheza o fato de, somente após 18 MESES dos supostos débitos, a Apelada vir a Juízo reclamar a cobrança das mensalidades. Sem comprovação efetiva dos serviços que foram prestados e que tenham sido utilizados pela Apelante, sem comprovação da existência efetiva dos débitos, e das condições contratuais, a presente Ação não merece prosperar"* (fls. 120).

Recurso tempestivo, regularmente processado e isento de preparo (fls. 109).

Contrarrazões às fls. 112/116.

É o relatório.

1. DA PRESCRIÇÃO

De início, afasta-se a alegação de prescrição da pretensão inicial.

Com efeito, conforme dispõe o art. 206, § 5º, I, do Código Civil, *"prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular"*.

No caso, a ação de cobrança está fundada em contrato de prestação de serviços, pelo que o prazo prescricional a ser observado é o quinquenal.

Nesse sentido:

"EMENTA: ***Prestação de serviços educacionais. Cobrança. Mensalidades de 2/2012 a 12/2014. Ajuizamento em 27.05.2019. Prescrição. Prazo de cinco anos. Art. 206, § 5º, I, do CC.*** *Contagem. Termo inicial. Vencimento de cada mensalidade. Consumação até 05.2014. Precedentes. Recurso provido.* ***O contrato firmado é de prestação de serviços educacionais, com prazo prescricional ditado pela regra do artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, estabelecendo a lei cinco anos por se cuidar de pretensão de cobrança de dívidas líquidas, constantes de instrumento particular, conforme precedentes.*** *As mensalidades são devidas mês a mês e a contagem do termo final é a partir de cada vencimento. O ajuizamento da ação ocorreu em 27.05.2019, prescritas as mensalidades de 02/2012 a 05.2014."* (Apelação Cível nº 1002277-83.2019.8.26.0073; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Relator: Kioitsi Chicuta;

Acesso ao Sumário

Data do julgamento: 31/10/2022 – g.n.).

Considerando que o inadimplemento teve início em outubro de 2019 e a ação foi ajuizada em 28/06/2022, não se há falar em prescrição da pretensão inicial, tendo a autora observado o prazo legal.

2. DO MÉRITO

A autora ajuizou a presente demanda de cobrança decorrente da prestação de serviços educacionais.

Narrou que é credora da quantia de R$ 39.850,93, referente às mensalidades vencidas entre dos meses de outubro de 2019 e janeiro 2020, do curso de Engenharia de Produção frequentado pela requerida.

Pois bem.

Importante destacar que ao caso aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor.

A relação entre a autora e a requerida é própria de consumo, haja vista que a demandada se insere ao conceito de consumidora, constante do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, e a demandante, por sua vez, ao conceito de fornecedora, conforme do artigo 3º do mesmo estatuto legal.

Incontroversa a relação jurídica entre as partes decorrente do documento de *"REQUERIMENTO PARA VINCULAÇÃO ACADÊMICA COMO ALUNO PARA O 2º SEMESTRE DO ANO LETIVO DE 2019", firmado em 09/08/2019, assim como do "PRONTUÁRIO DE NOTAS" da aluna* (fls. 26 e fls. 27/30).

A questão gira em torno de eventuais débitos ainda devidos pela ré.

A instituição de ensino autora sustenta que não foram pagas diversas mensalidades vencidas entre outubro de 2019 e janeiro 2020, totalizando R$ 39.850,93.

A aluna ré, por sua vez, invoca prescrição da pretensão inicial, ausência de constituição em mora, discordando, ainda, dos valores contidos na planilha de fls. 31, todavia, não impugna, de forma específica, o inadimplemento dos valores perseguidos.

Consoante se vê, a autora se desincumbiu de seu ônus probatório (art. 373, I, do CPC), juntando aos autos documentos que comprovam a prestação dos serviços educacionais, com início em 2014 e término em 2019, apontando a participação regular da aluna nas atividades discentes disponibilizadas pela instituição de ensino.

Diante dos subsídios exibidos pela autora, cabia à ré provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão deduzida inicialmente (art. 373, inc. II, do CPC), ônus do qual não se desincumbiu. Nesse passo, não se há falar em ilegitimidade da cobrança.

Ainda, não comporta acolhida a tese referente à inexigibilidade do débito

Acesso ao Sumário

por ausência de prévia notificação da devedora. A revés, eventual exigência neste sentido iria de encontro ao princípio da inafastabilidade do controle judicial (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Note-se que a hipótese é de obrigação positiva e líquida, cujo vencimento constitui o devedor em mora, consoante o artigo 397 do Código Civil, de tal sorte que prescinde de notificação, tratando-se de mora *ex re.*

Assim, a notificação extrajudicial do aluno inadimplente se trata de mera liberalidade por parte da instituição de ensino, não obstando o ajuizamento da ação de cobrança para o recebimento das prestações em atraso.

Assim, o caso era mesmo de procedência do pedido.

Nesse sentido:

"AÇÃO DE COBRANÇA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – Sentença que julgou procedente o pedido – Pretensão da ré de reforma. INADMISSIBILIDADE: A apelante deve arcar com o pagamento dos serviços educacionais, em razão da contratação e da disponibilização do serviço. Legitimidade do débito cobrado. Cabia à ré a comprovação da efetiva existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da credora, a teor do disposto no artigo 373, inciso II do Código de Processo Civil, ônus do qual não se incumbiu. (...) PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO DESPROVIDO." (Apelação Cível nº 1002580-46.2015.8.26.0006; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Relator: ISRAEL GÓES DOS ANJOS; Data do julgamento: 13/06/2022 – g.n.).

Logo, o caso é de manutenção da r. sentença atacada.

A matéria versada na presente ação fica, desta forma, inteiramente prequestionada.

Esclarece-se, por fim, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios dará ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 1 .026, § 2º, do CPC/2015, porquanto a resistência ao resultado ora exposto deve ser ventilada através de recurso próprio.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

O presente apelo foi interposto sob a égide do atual CPC, que determina o arbitramento de honorários advocatícios em recurso (art. 85, § 1°, CPC). Assim, majoro a verba honorária fixada em 10 % do valor da causa, para 12%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, observada a suspensão da exigibilidade em razão da gratuidade de justiça a que faz jus a apelante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023513-39.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CASSI – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL, é apelado MARCOS JOSÉ MANTOAN.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Declara voto convergente o 3º juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22/50.500)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação – Plano de saúde – Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Indenização por Danos Materiais e Morais – Sentença de procedência – Intempestividade não verificada – Preliminar afastada – Autor diagnosticado com Hipercoloesterolemia – Necessidade de fornecimento do medicamento (Repatha) pelo plano de saúde – Medicamento indicado pelo médico que acompanha o paciente – A operadora pode estabelecer quais doenças são cobertas pela avença, mas não o tipo de tratamento indicado para combater a enfermidade – Incidência da Súmula nº 102 da Seção de Direito Privado I deste Tribunal – Jurisprudência deste Tribunal – A decisão da 2ª Seção do STJ no EREsp nº 1.886.929 não foi unânime, não possui caráter vinculante e envolve direitos protegidos constitucionalmente – Danos morais configurados – Necessidade de redução do "quantum" fixado, em atenção aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade – Redução da indenização para o importe de R$ 15.000,00 – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra r. sentença que julgou procedente Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Indenização por Danos Materiais e Morais.

Acesso ao Sumário

Opostos Embargos de Declaração (fls. 159/162), que foram rejeitados (fls. 163).

Recorre a Ré, aduzindo, em síntese, a inaplicabilidade do CDC, nos termos da Súmula n.º 608 do STJ. Sustenta que a operadora de plano de saúde está adstrita à cobertura dos procedimentos legalmente exigidos e/ou contratualmente previstos, dentre os quais não se encontra o custeio do medicamento pleiteado ("Repatha"). Diz que o tratamento buscado não é passível de cobertura, por esta fora do rol da ANS. Alega que não cometeu qualquer conduta ensejadora de condenação em indenização por danos morais. Assevera que o mero dissabor ou aborrecimento cotidiano não dá ensejo à configuração do dano extrapatrimonial. Subsidiariamente, requer a minoração do "quantum" indenizatório.

Contrarrazões às fls. 195/205.

É o relatório.

A preliminar de intempestividade não comporta acolhimento.

No caso dos autos, foram opostos embargos de declaração contra a r. sentença (fls. 159/162), com a consequente interrupção do prazo para interposição do recurso, nos termos do art. 1.026, parte final do CPC: *"Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e* ***interrompem o prazo para a interposição de recurso****"* – destaquei.

A decisão dos Embargos de Declaração foi disponibilizada no DJE, em 12/05/2022 (quinta-feira – fls. 165), sendo publicada em 13/05/2022 (sexta-feira), com início da fluência do prazo recursal em 16/05/2022 (segunda-feira) e término em 03/06/2022 (sexta-feira) – data do protocolo da Apelação.

Dessa forma, não há que se cogitar em intempestividade.

Passo à análise do mérito.

Na ação, o Autor foi diagnosticado com hipercoloesterolemia, tendo sido-lhe prescrito o medicamento Repatha (fls. 16), o que foi recusado pela operadora sob o argumento de que o procedimento não estava inserido no rol da ANS.

Entendo que, não obstante, o teor da Súmula n.º 608 do c. STJ (*"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão"* – destaquei), não se afasta o direito do Apelado, beneficiário do plano de saúde.

É sabido que a operadora do plano de saúde pode, na avença celebrada, estabelecer quais enfermidades são cobertas pelo seguro, mas não o tipo de tratamento, intervenção, exame e afins (médicos, cirúrgicos, hospitalares, domiciliares etc) indicados para combater a doença.

Em outras palavras, não pode o paciente, por conta de cláusula contratual limitativa, ser privado de submeter-se ao método terapêutico mais moderno disponível à época do surgimento, instalação e evolução da moléstia.

Acesso ao Sumário

Há muito está consolidado nesta Corte o entendimento de que as operadoras de contratos do tipo Plano de Saúde, ou Seguro de Saúde, não têm o direito de questionar as prescrições médicas.

Com efeito, a Agência Nacional de Saúde estabelece o rol de procedimentos e eventos da saúde, em atendimento à Lei 9656/98, trazendo a cobertura mínima obrigatória a ser garantida pelos planos e incluindo os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico e tratamento das doenças que compõem a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde.

A Agência Nacional de Saúde tem, dentre outras funções, a de regulamentar os procedimentos obrigatórios que devem ser cobertos pelos planos de saúde; todavia, seu poder de regulamentar não é ilimitado, mas complementar à lei dos planos de saúde. Deve publicar, portanto, o rol mínimo de coberturas, não tendo poder para restringir ou limitar a responsabilidade das operadoras, que advém da lei e dos contratos celebrados com os consumidores.

Tal questão já foi, inclusive, sumulada por este Tribunal: *"Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS"* (Súmula 102 deste E. Tribunal).

Ademais, em se tratando de medicamento associado ao tratamento prescrito, indicado pelo médico não se admite a recusa por parte da operadora.

No caso dos autos, a exclusão da cobertura ao medicamento indicado frustra a finalidade do contrato que reside no eficaz tratamento e cura da moléstia, ou seja, o fornecimento do medicamento está implicitamente contido no tratamento e não pode ser dele dissociado, principalmente ante a prescrição médica.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal em caso análogo:

"APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Sentença que determinou o fornecimento de fármaco para tratamento de hipercolesterolemia familiar heterozigótica, conforme indicação de médico especialista. Insurgência. Negativa de cobertura sob o argumento de que não incluído no plano-referência obrigatório e rol da ANS. Abusividade. Súmula/TJSP 102. Aplicação do CDC. Súmulas 100/TJSP e 608/STJ. Extrema desvantagem ao consumidor. Recusa que fere o objeto do contrato. Medicamento registrado na Anvisa. REsp 1712163/SP. Precedentes desta C. 3ª Câmara. Recurso não provido."

(TJSP; Apelação Cível 1042506-60.2021.8.26.0576; Relator (a): Schmitt Corrêa; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2022; Data de Registro: 30/03/2022).

"Plano de saúde. Serviços médicos e hospitalares. Autora diagnosticada

Acesso ao Sumário

com hipercolesterolemia família heterozigótica. Prescrição de tratamento mediante mistragem do fármaco Repatha®/Evolocumabe. Recusa da operadora de saúde. Descabimento. Negativa de cobertura que restringe obrigação inerente à natureza do contrato (art. 51, IV, e § 1º, II, do CDC). Irrelevância de o procedimento não constar no rol de cobertura obrigatória da ANS. Rol meramente exemplificativo. Bula, registrada na ANVISA, com tratamento indicado especificamente para a moléstia que acomete a segurada. Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio protetivo (Súmula 95 e 102 desta C. Corte de Justiça). Quebra do dever de lealdade. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Cobertura devida. Sentença mantida. Recusa à cobertura de tratamento médico. Negativa que amplifica a aflição psíquica e causa situação de impotência, ferindo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), vértice básico do dano moral. Indenização devida. Quantum indenizatório (R$ 10.000,00). Quantia adequada aos parâmetros jurisprudenciais. Valor que se mostra proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944 do Cód. Civil). Sentença mantida. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1029233-27.2019.8.26.0562; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2020; Data de Registro: 03/10/2020).

Anote-se que a decisão da 2ª Seção do STJ no EREsp nº 1.886.929 não foi unânime, não possui caráter vinculante e envolve direitos protegidos constitucionalmente.

Neste sentido:

"Agravo de instrumento. Plano de saúde. Tutela de urgência deferida. Fornecimento de medicamento para tratamento de quadro crônico de perda de visão. Insurgência da requerida. Requisitos do art. 300, CPC bem demonstrados. Urgência evidente. Medicamento necessário para cura de grave moléstia. Rol da ANS não é taxativo. Inteligência da Súmula 102 desta Corte. Não cabe ao plano de saúde discutir o tratamento recomendado; essa função é do médico assistente. Enquanto não julgada a controvérsia entre as partes, há um bem maior a ser preservado, que é a vida e a saúde do agravante. Possibilidade de o plano de saúde reaver valores pagos, no caso de improcedência da demanda. Neste momento processual, não há aplicabilidade do EREsp 1.886.929, vez que ainda não disponibilizado o Acórdão. ***Decisão não unânime, sem caráter vinculante, envolvendo direitos protegidos constitucionalmente.*** *Decisão mantida. Agravo não provido.* (Agravo de Instrumento 2077604-37.2022.8.26.0000; Relator (a): Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá – 4ª Vara Cível; Data do

Acesso ao Sumário

Julgamento: 24/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022) – destaquei.

Assim, caracterizada a obrigação de fornecer o medicamento, não se podendo alegar que a recusa foi legítima, resta configurado o dano moral.

A jurisprudência tem reconhecido dano moral em casos de recusa de cobertura pela operadora do plano de saúde, por entender que a negativa agrava a situação de aflição psicológica e angústia no espírito do beneficiário:

> *"1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, pode ensejar reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário"* (AgInt no AREsp 1219177/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 19.06.2018 pela 4ª T.).

Configurado o dano moral, passo ao exame de sua quantificação.

Na espécie, considerando a jurisprudência em casos semelhantes a este, as particularidades da lide, as peculiaridades do caso concreto, os princípios da proporcionalidade-razoabilidade e da moderação, reputo adequado arbitrar a compensação em R$ 15.000,00, com juros moratórios de 12% ao ano contados da citação, e correção monetária deste julgamento.

Colaciono julgados desta Corte com condenação em valor análogo a este processo em decorrência da recusa de fornecimento de medicamento:

> *"Ação de obrigação de fazer c.c indenização por danos morais. Plano de saúde. Negativa de cobertura ao custeio dos medicamentos temozolamida 75mg/m2 concomitante a radioterapia + bevacizumabi 7,5mg/kg por 8 ciclos + temozolamida 200mg/m2 d1-5 de manutenção glima recidivado. Autor que é portador de Neoplastia Maligna. Recusa injustificada. Cláusula de exclusão genérica de caráter abusivo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e das Súmulas 95 e 102 deste Tribunal de Justiça. Dano moral caracterizado. Sentença reformada, para fixar o dano moral em R$ 15.000,00. Sucumbência de responsabilidade da Ré, que arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 15% sobre o valor da condenação. Recurso parcialmente provido".* (TJSP; Apelação Cível 1008462-67.2018.8.26.0625; Relator (a): João Pazine Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/09/2019; Data de Registro: 10/09/2019).

> *"Plano de saúde. Paciente vítima de ceratocoma, a quem indicada cirurgia de implante de anel intraestromal em ambos os olhos. Recusa à cobertura, ao argumento de que o procedimento não consta de lista própria da Agência Nacional de Saúde. Abusividade reconhecida. Orientação su-*

Acesso ao Sumário

mulada neste Tribunal. Danos morais configurados. Quantum que comporta majoração para R$ 15.000,00. Sucumbência que, porém, não se altera. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré desprovido e recurso do autor parcialmente provido". (TJSP; Apelação Cível 1004096-56.2019.8.26.0008; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII – Tatuapé – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/09/2019; Data de Registro: 11/09/2019).

Destarte, reformo parcialmente a sentença apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais para o importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), mantendo-se no mais os termos do "decisum".

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

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Voto nº 1.550

Pelo voto do E. Relator, o recurso da requerida está sendo provido em parte, tão somente para diminuição do valor da indenização por danos morais.

Este declarante concorda com a solução adotada e traça algumas considerações a respeito da cobertura do fornecimento de medicamentos.

Conforme defendido em casos análogos, a cobertura de medicamentos pelo plano de saúde deve ocorrer em casos excepcionais, não cabendo dar o mesmo sentido aos termos "tratamento", "terapia" e "medicamento", sendo que a cobertura destes últimos é excepcional.

Em primeiro lugar menciono a hipótese dos medicamentos antineoplásicos, cuja obrigatoriedade de custeio decorre dos artigos 10, § 6º, e 12, I, c, e II, g, da Lei nº 9.656/98.

É também a redação da súmula 95 desta Egrégia Corte:

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

Em se tratando de doença de especial gravidade, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça vem reiterando o entendimento de que é abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de custear a cobertura do medicamento registrado na ANVISA e prescrito pelo médico do paciente, ainda que se trate de fármaco *off-label*, ou utilizado em caráter experimental, não fazendo ressalvas a respeito do medicamento ser ministrado em domicílio ou ambiente ambulatorial/hospitalar. Vejamos alguns recentes julgados:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚ-

Acesso ao Sumário

DE. RECUSA DE COBERTURA DE MEDICAMENTO. PACIENTE EM TRATAMENTO DE CÂNCER. MEDICAMENTO OFF LABEL. RECUSA ABUSIVA. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do REsp 1.733.013/PR, "fez-se expressa ressalva de que a natureza taxativa ou exemplificativa do aludido rol seria desimportante à análise do dever de cobertura de medicamentos para o tratamento de câncer, em relação aos quais há apenas uma diretriz na resolução da ANS" (AgInt no REsp 1.949.270/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2022, DJe de 24/02/2022).

2. No caso, trata-se de fornecimento de medicamento para tratamento de câncer, hipótese em que a jurisprudência é assente no sentido de que o fornecimento é obrigatório. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.911.407/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe de 24/05/2021; AgInt no AREsp 1.002.710/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2020, DJe de 07/05/2020; AgInt no AREsp 1.584.526/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe de 17/03/2020.

3. Ademais, "Afigura-se abusiva a exclusão do custeio do tratamento consistente no uso off label de medicamento, o qual era imprescindível à conservação da vida e saúde do beneficiário" (AgInt no REsp 1.680.415/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 31/8/2020, DJe de 11/9/2020).

4. Estando a decisão de acordo com a jurisprudência desta Corte, o recurso encontra óbice na Súmula 83/STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.998.637/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/8/2022, DJe de 8/9/2022.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ANTINEOPLÁSICO. MEDICAMENTO REGISTRADO NA ANVISA. TRATAMENTO DE CÂNCER. RECUSA DE COBERTURA INDEVIDA.

1. Ação de obrigação de fazer visando fornecimento do medicamento antineoplásico IBRANCE.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, "é abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de custear a cobertura do medicamento registrado

Acesso ao Sumário

na ANVISA e prescrito pelo médico do paciente, ainda que se trate de fármaco off-label, ou utilizado em caráter experimental" (AgInt no AREsp 1.653.706/SP, Terceira Turma, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020; AgInt no AREsp 1.677.613/SP, Terceira Turma, julgado em 28/09/2020, DJe 07/10/2020; AgInt no REsp 1.680.415/CE, Quarta Turma, julgado em 31/08/2020, DJe 11/09/2020; AgInt no AREsp 1.536.948/SP, Quarta Turma, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020), especialmente na hipótese em que se mostra imprescindível à conservação da vida e saúde do beneficiário.

3. Considera-se abusiva a negativa de cobertura de antineoplásicos orais. Precedentes.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.092.427/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/8/2022, DJe de 17/8/2022.)

A jurisprudência desta Colenda Câmara é uníssona ao chancelar o mesmo entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE ACOMETIDO DE FIBROSE PULMONAR. PRETENSÃO DE COBERTURA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO OFEV (NINTEDANIBE). LIMINAR INDEFERIDA. REFORMA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO PELA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE QUE CONTRARIA O DISPOSTO NOS ARTS. 10 E 12 DA LEI 9.696/98 E SÚMULA 102 DO TJSP. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. Tratando-se de medicamento antineoplásico, a cobertura para seu fornecimento pelos planos de saúde e seguros-saúde é obrigatória, mesmo em caso de uso domiciliar, nos termos da Lei 9.656/98. 2. Além da fumaça do bom direito extraída da expressa previsão legal, a doença grave que acomete o doente aponta para a urgência do fornecimento reclamado. 3. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2235085-63.2022.8.26.0000; Relator (a): Ademir Modesto de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2022; Data de Registro: 05/10/2022)

OBRIGAÇÃO DE FAZER COMBINADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Plano de assistência à saúde – Autor diagnosticado com glioma de alto grau – GAG, sendo prescrito tratamento quimioterápico com os medicamentos Temozolomida (Temodal) e Bezacuzimabe (Avastin), negado pela operadora – Ação que foi julgada procedente – Insurgência da autora – Alegação de que os medicamentos indicados para o tratamento do autor não estariam previstos no rol da ANS, além de

Acesso ao Sumário

serem experimentais e "off label" – Descabimento – Exclusão que contraria a função social do contrato, retirando do paciente a possibilidade de recuperação – Tratamento indicado pelo médico que não pode ser limitado pela operadora, mas tão somente as enfermidades – Aplicação das Súmulas 95, 96 e 102, desta Corte – Ratificação dos fundamentos da sentença – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1010248-83.2020.8.26.0009; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021)[1]

Além dos medicamentos antineoplásicos, em relação aos quais pouco importa a eventual possibilidade de aplicação domiciliar, há exceção também quanto àqueles de administração exclusiva por profissional da saúde, em ambiente ambulatorial ou hospitalar, ou em extensão à internação hospitalar, quando em regime de *home care.*

Aqui, a hipótese abrange os medicamentos cujas respectivas bulas indiquem a necessidade de aplicação por profissional da saúde habilitado.

Também é neste sentido a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. DIABETES. EQUIPAMENTO DE MONITORAMENTO DE GLICOSE. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. EXCEÇÃO. TRATAMENTO DOMICILIAR. EQUIPAMENTO NÃO LIGADO A ATO CIRÚRGICO. RECUSA DE COBERTURA DEVIDA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, é lícita a exclusão, na Saúde Suplementar, do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, salvo os antineoplásicos orais (e correlacionados), a medicação assistida (home care) e os incluídos no Rol da ANS para esse fim.

2. Hipótese em que são pleiteados equipamentos para monitoramento de glicose, os quais são caracterizados como tratamento domiciliar, por-

Acesso ao Sumário

1 No mesmo sentido, encontramos precedentes de outras relatorias no âmbito desta C. 7ª Câmara de Direito Privado: (I) TJSP; Apelação Cível 1007036-93.2021.8.26.0405; Relator (a): José Rubens Queiroz Gomes; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2022; Data de Registro: 15/09/2022; (II) TJSP; Apelação Cível 1000873-12.2021.8.26.0498; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Bonito – Vara Única; Data do Julgamento: 26/07/2022; Data de Registro: 26/07/2022; (III) TJSP; Agravo de Instrumento 2199442-44.2022.8.26.0000; Relator (a): Pastorelo Kfouri; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 20ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/09/2022; Data de Registro: 12/09/2022; (IV) TJSP; Agravo de Instrumento 2242266-28.2016.8.26.0000; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2017; Data de Registro: 11/05/2017.

quanto podem ser adquiridos diretamente pelo paciente em farmácias de acesso público, para ser autoadministrado por ele em seu ambiente domiciliar, sem a necessidade de intervenção médica, razão pela qual é devida a recusa de cobertura.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.964.771/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/9/2022, DJe de 8/9/2022.)

A jurisprudência desta C. 7ª Câmara de Direito Privado chancela o entendimento em recentes precedentes:

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PRESCRIÇÃO DO MEDICAMENTO "SAIZEN 20MG" PARA TRATAMENTO DE DEFICIÊNCIA DE CRESCIMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MEDICAMENTO DE USO DOMICILIAR QUE NÃO TEM COBERTURA DETERMINADA EM LEI. EXPRESSA EXCLUSÃO CONTRATUAL DE COBERTURA. COBERTURA PELOS PLANOS DE SAÚDE RESTRITA AO CUSTEIO DE MEDICAMENTOS NEOPLÁSICOS E, POR ANALOGIA, OS MEDICAMENTOS QUE EXISTEM APLICAÇÃO HOSPITALAR OU AMBULATORIAL OU COM ASSISTÊNCIA MÉDICA. 1.– A Lei nº. 9.656/98, em seu art. 10, VI, veda a cobertura para os medicamentos de uso domiciliar, exceção feita aos medicamentos neoplásicos, que eram aplicados em ambiente hospitalar, mas que o avanço da medicina permitiu sua aplicação domiciliar. 2. Afora os medicamentos neoplásicos, admite-se a cobertura pelos planos de saúde e seguros-saúde dos medicamentos que, à semelhança dos medicamentos neoplásicos, devem ser aplicados em ambiente hospitalar ou ambulatorial ou ainda mediante assistência médica, para os quais admite-se a interpretação analógica do art. 10, VI, parte final, da Lei nº. 9.656/98. 3. Impor às operadoras de planos de saúde e seguro-saúde o custeio, sem distinção, de qualquer medicamento, por força da Súmula 102 do TJSP, implica a admissão de cobertura para custeio até mesmo de Dipirona, o que, à evidência, conspira contra o princípio do equilíbrio econômico/financeiro do contrato. 4. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1004522-05.2021.8.26.0071; Relator (a): Ademir Modesto de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2022; Data de Registro: 03/10/2022)

APELAÇÃO CÍVEL. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Paciente portador de paralisia cerebral e epilepsia. Necessidade de tratamento e medicação. Sentença de procedência. Afastamento das preliminares. O provimento pretendido é útil e necessário à efetivação do alegado direito do autor, não havendo falar-se, pois, em ausência de interesse proces-

Acesso ao Sumário

sual. Não há julgamento extra petita. Não se trata de questão totalmente estranha ao pedido e aos seus fundamentos, uma vez que o objetivo do processo é obtenção do tratamento médico. Não verificada ilegitimidade ativa. A pertinência subjetiva para o ressarcimento de pagamento de tratamento compete à representante do menor, e não a este. Insurgência da requerida. Acolhimento parcial. Cobertura devida. Não comprovação de existência de rede credenciada de clínicas ou profissionais com a habilitação apropriada para o tratamento multidisciplinar adequado à condição de saúde apresentada pelo autor. Necessidade de reembolso integral do tratamento realizado em rede particular pela operadora de plano de saúde. Medicamento de uso domiciliar. Inexistência de obrigação da operadora de saúde em custear medicamento de uso domiciliar e não relacionado a tratamento neoplásico. Artigo 10, VI, da Lei nº 9.656/98. Insurgência do autor e da requerida. Condenação a honorários de sucumbência sobre o valor da condenação. Descabimento. Valor ilíquido e não mensurável. Sentença reformada em parte. Recurso da requerida provido em parte e do autor improvido. (TJSP; Apelação Cível 1017934-07.2021.8.26.0005; Relator (a): Pastorelo Kfouri; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V – São Miguel Paulista – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/10/2022; Data de Registro: 06/10/2022)

Apelação – Plano de Saúde – Ação de Obrigação de Fazer c.c. Reparação por Danos Materiais – Autora idosa (91 anos de idade) portadora de síndrome demencial – Prescrição de tratamento domiciliar 'home care' pelo médico assistente – Aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor – Tratamento necessário à preservação da saúde da Autora – Incidência da Súmula nº 90 deste e. Tribunal – Abusividade na recusa – Plano de saúde não pode negar a cobertura ao tratamento, medicamentos e insumos 'Home care' que, no caso, é mera extensão da internação hospitalar – Precedentes desta c. Câmara – Prova pericial realizada que concluiu pela necessidade do 'home care' em período integral em razão do grave estado de saúde da beneficiária – Recusa indevida comprovada nos autos – Dever de indenizar da operadora do plano de saúde pelos gastos particulares durante o período de recusa – Sentença mantida – Recurso improvido (TJSP; Apelação Cível 1028883-79.2020.8.26.0602; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/05/2022; Data de Registro: 05/05/2022)

Temos ainda a hipótese dos medicamentos a base de *canabidiol*.

No entender desta relatoria também não é possível tratar a medicação como simples remédio de uso em ambiente doméstico.

Isto porque sua importação está sujeita a cadastramento do paciente na

Acesso ao Sumário

ANVISA, nos termos da Resolução RDC nº 335, de 24 de janeiro de 2020, de forma que, em que pese à possibilidade de administrar o medicamento fora do ambiente ambulatorial ou hospitalar, o paciente não conseguiria adquirir o remédio em farmácias, por exemplo, decorrendo daí a abusividade da recusa de cobertura (Súmula 102, TJSP).

Aponto que o medicamento tratado nos autos se enquadra na segunda hipótese por mim mencionada (aplicação por profissional).

As canetas subcutâneas, em princípio, são de aplicação domiciliar e a própria bula do medicamento traz esta possibilidade, porém a condiciona ao prévio treinamento do paciente. Lê-se a fls. 08 da respectiva bula[2]: "REPATHA destina-se à autoadministração após treinamento apropriado. A administração de REPATHA deve ser também realizada por um indivíduo que tenha sido treinado para administrar o produto."

Desta forma, no sentir desta relatoria, não pode o medicamento receber o mesmo tratamento daqueles de uso domiciliar.

Finalmente, é necessário ressaltar que a requerida justificou a negativa tão somente por conta da taxatividade do rol da ANS e da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor em se tratando de contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão. Nada falou sobre as disposições dos artigos 10 e 12 da Lei nº 9.656/98 e os demais fundamentos aqui mencionados, razão pela qual não há como prover o recurso em relação a este tópico.

Com esses fundamentos, declaro voto convergente ao do E. Desembargador relator, dando parcial provimento ao recurso da requerida, tão somente para diminuição do valor da indenização por danos morais.

PASTORELO KFOURI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001625-64.2022.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que são apelantes D.Z.T.F. (MENOR) REPRESENTADO) e J.Z.T. (REPRESENTANDO MENOR), é apelado J.F..

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.058)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA

2 https://www.novamedicamentos.com.br/media/catalog/product//r/e/repatha.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

DALLA DÉA BARONE (Presidente), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO e VITOR FREDERICO KÜMPEL.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação revisional de alimentos – Pretensão do filho em face do genitor – Sentença de improcedência – Insurgência do alimentado – Alegação de nulidade da sentença por suposta ausência de fundamentação – Descabimento – Magistrado analisou as provas encartadas aos autos e, de forma lógica e coerente, sopesou as evidências para afastar a pretensão do autor de revisão dos alimentos em razão da ausência de comprovação de alteração da capacidade financeira do genitor – Pensão alimentícia deve observar o binômio possibilidade financeira do alimentante e necessidade do alimentando – Não comprovada a insuficiência da pensão fixada, nem a possibilidade do alimentante em arcar com encargo majorado nos moldes pretendidos – Alimentos arbitrados, neste caso, em 1/3 dos rendimentos líquidos do alimentante, mantendo-se o percentual de um salário-mínimo no caso de desemprego, conforme determinado anteriormente na sentença original – Notícia de vínculo empregatício que autoriza a expedição de ofício para desconto em folha de pagamento – Sentença mantida – Recurso não provido, com observação.

Nega-se provimento ao recurso, com observação.

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 186/187 acrescento ter a r. sentença apelada julgado improcedente o pedido para majoração da pensão alimentícia. Diante da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida.

O autor interpôs recurso de apelo (fls. 196/203), pugnando preliminarmente a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, tendo ainda incidido em *error in judicando*. No mérito, alega que a quantidade de documentos colacionados não deixa dúvidas a respeito da alteração da situação financeira do

Acesso ao Sumário

genitor que aufere renda mensal de R$ 5.000,00, como empresário, possuindo investimentos de vulto em corretora de valores. Aduz que o apelado contribui com as despesas de custo de vida do filho com percentual de 30% dos seus rendimentos, mas sem desconto em folha de pagamento, ficando a critério do apelado depositar o valor que entende correto, que peculiarmente resulta em R$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais). Requer, por fim, a majoração da pensão alimentícia para o importe de R$ 2.000,00, com desconto em folha de pagamento, incidindo sobre esse valor os prêmios trabalhistas como 13º, horas extras e verbas rescisórias se estiver empregado.

Contrarrazões as fls. 209/218.

O Parecer da D. Procuradoria de Justiça às fls. 229/230 pelo desprovimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, rejeita-se a matéria preliminar arguida referente à nulidade da r. sentença.

Considera-se fundamentada, ou motivada, a sentença na qual as *"premissas e conclusões mantenham vínculos de pertinência e consequência. O dispositivo judicial é o teorema que deve ser demonstrado"*. (NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006/ Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade Ney., 9 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pag. 581).

No caso em tela, os fundamentos de ordem fática e jurídica utilizados pelo MM. Juízo "a quo" estão em perfeita consonância com o decreto contido no dispositivo da decisão, guardando relação de coerência e lógica entre as premissas contidas na fundamentação com a conclusão apresentada, de forma que não se vislumbra a existência da alegada nulidade no julgado.

Cuida-se de ação revisional de alimentos na qual o filho busca a majoração do encargo alimentar fixado.

Acesso ao Sumário

A possibilidade de revisão do valor da pensão alimentícia para mais ou para menos em relação ao valor arbitrado demanda a alteração das condições econômicas do alimentante ou do alimentado, isto é, modificação do binômio representado pela possibilidade contributiva do alimentante e as necessidades do alimentado.

Dispõe expressamente o Artigo 1.699 do Código Civil que *"se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo"*. Portanto, uma vez fixado o dever alimentar somente pode ocorrer modificação, quando demonstrado que o alimentante não possui mais condições de arcar com o pagamento do

valor da pensão alimentícia anteriormente estabelecida, ou quando demonstrada a alteração nas necessidades do alimentado.

Neste sentido o entendimento desta Corte de Justiça:

0003450-89.2015.8.26.0368 Apelação / Revisão

Relator(a): Alvaro Passos

Comarca: Monte Alto

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 14/03/2017

Data de registro: 15/03/2017

Ementa: ALIMENTOS – Revisional – Majoração da pensão – Acolhimento – Situação financeira das partes modificada desde a fixação dos alimentos – Demonstração de aumento da necessidade da alimentada – Possibilidade do alimentante em arcar – Obrigação alimentar que deve ser suprida por ambos os genitores – Majoração da pensão – Necessidade – Decisão mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos nos termos do art. 252 do RITJSP – Recurso improvido.

0003920-90.2015.8.26.0572 Apelação / Revisão

Relator(a): Neves Amorim

Comarca: São Joaquim da Barra

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/10/2016

Data de registro: 26/10/2016

Ementa: FAMÍLIA – ALIMENTOS – REVISÃO – cerceamento de defesa – inocorrência – autor que ingressou com ação revisional 4 meses após o trânsito em julgado de outra revisional – ALTERAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE – NÃO OBSERVADA – condição financeira do requerente que se encontra no mesmo cenário da ação anterior – ausência de fato novo – DEVER DE SUSTENTAR OUTRA FAMÍLIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE INFLUENCIAR A POSSIBILIDADE FINANCEIRA DO AUTOR – PREVALÊNCIA DOS INTERESSES Do requerido que é portador de necessidades especiais – SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

In casu, depreende-se dos autos que por força de sentença proferida nos autos de n. 1005997-53.2019.8.26.0010, que tramitou na 1ª Vara da Família e Sucessões do Fórum do Ipiranga da Comarca de São Paulo/SP, o requerido foi obrigado a pagar alimentos ao menor no importe de 30% dos seus rendimentos mensais ou um salário-mínimo, em caso de desemprego.

A possibilidade contributiva do alimentante, por outro lado, deve ser avaliada segundo sua capacidade econômica, bem como a análise de outros gastos aos quais esteja eventualmente obrigado. Neste tocante, a despeito de o apelante sustentar que o genitor possui capacidade de arcar com pensão majorada, inexis-

Acesso ao Sumário

te conjunto probatório apto a comprovar que o alimentante aufira rendimentos superiores aos declarados ou que revele, sequer minimamente, que a sua condição financeira tenha melhorado, o que não pode deixar de ser considerado, uma vez que o encargo deve auxiliar na mantença do alimentado, mas também assegurar a subsistência do próprio alimentante.

O ônus de comprovar que o réu teria uma capacidade financeira superior, capaz de ensejar o aumento do importe arbitrado a título de pensão alimentícia, é do alimentado e não do alimentante.

Observa-se que apenas tardiamente, após a instrução, o autor mencionou a existência do laudo psicossocial e psicológico do genitor elaborado pela equipe técnica nos autos do processo nº 1005615-97.2021.8.26.0266, onde o autor afirma em agosto de 2022 ser economista e auferir R$ 5.000,00 mensalmente, após ter firmado um contrato com a Tesla do Brasil (fls. 365/370 – autos de origem), em contradição com o afirmado no bojo da contestação elaborada no mesmo período.

Não há, contudo, comprovação segura de que o alimentante teria condições de arcar com um valor mais elevado, mister concluir que sua capacidade financeira se encontra dentro da média nacional e em consonância com o encargo fixado.

Neste sentido:

1001123-16.2017.8.26.0650 Apelação / Revisão

Relator(a): Moreira Viegas

Comarca: Valinhos

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 06/11/2019

Data de publicação: 06/11/2019

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS – Majoração do encargo Improcedência – Alimentando que não se desincumbiu do ônus de comprovar a elevação da possibilidade econômico-financeira do alimentante – Artigo 373, inciso I, do CPC – Ausência de alteração do trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade – Incabível a majoração da obrigação alimentar – Sentença mantida – Recurso não provido.

3000270-29.2013.8.26.0030 Apelação / Revisão

Relator(a): Benedito Antonio Okuno

Comarca: Apiaí

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 07/10/2019

Data de publicação: 07/10/2019

Ementa: AÇÃO DE ALIMENTOS – REVISIONAL – fixação no percentual de 15% do salário mínimo para cada uma das autoras – pretensão à

Acesso ao Sumário

majoração da verba alimentar para 50% – embora evidenciada a necessidade das autoras, lamentavelmente impraticável a alteração pretendida, sob pena de inviabilizar o sustento do réu e até mesmo acarretar o inadimplemento da obrigação – sentença de improcedência mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

1004123-73.2018.8.26.0008 Apelação / Fixação

Relator(a): José Aparício Coelho Prado Neto

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 10/12/2019

Data de publicação: 11/12/2019

Ementa: APELAÇÃO – Ação de Alimentos – Propositura por filha menor contra o genitor – Sentença de parcial procedência – Inconformismo de ambas as partes: do réu, sob alegação de que não possui condições de arcar com o valor fixado a título de alimentos; da autora, alegando que necessita da majoração dos alimentos pois há gastos extraordinários, imprevisíveis, além de reajustes de despesas escolares – Descabimento – Conquanto as necessidades da menor sejam presumidas, não há comprovação da capacidade financeira do réu para arcar com a majoração na forma pretendida pela autora – Redução do encargo alimentar, igualmente, que não se mostra possível, uma vez que a pensão fixada no 1º Grau revela-se adequada, por ser fruto de minudente e justa análise do binômio necessidade/possibilidade – Sentença mantida – Recurso adesivo – Impossibilidade de seu conhecimento – Interposição que ofende o princípio da unirrecorribilidade, na medida em que o mesmo recorrente já havia interposto anterior apelação – Recursos de apelação desprovidos e recurso adesivo não conhecido.

1000879-47.2018.8.26.0361 Apelação / Guarda

Relator(a): Fábio Quadros

Comarca: Mogi das Cruzes

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/12/2019

Data de publicação: 17/12/2019

Ementa: Ação de alimentos – Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o genitor do menor ao pagamento de alimentos – Insurgência da autora – Alegação de que os alimentos fixados em sentença são insuficientes para atender as necessidades do menor – Majoração dos alimentos Impossibilidade – Dever de prestar alimentos de ambos os pais Genitor do menor que está desempregado e tem outros dois filhos – Observância do binômio necessidade-possibilidade – 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, para manter a decisão – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

Todavia, verifica-se que a partir do momento em que o alimentante apresente relação de emprego formal, os alimentos devem ter como base de cálculo os rendimentos líquidos do devedor, o que garante o reajuste automático da obrigação conforme a atualização salarial, mantendo-se o percentual de um salário mínimo no caso de desemprego, conforme determinado anteriormente na sentença original, haja vista as circunstâncias peculiares do caso em voga. Isso, entretanto não muda a fixação anterior, como adrede referido, devendo a mesma ser mantida, anotando-se que caberá ao Juízo originário determinar a expedição de ofício para que sejam efetuados descontos em folha de pagamento (considerando a notícia trazida aos autos).

Deverá, desta forma, ser mantida a fixação anterior (1/3 dos rendimentos líquidos, com a mesma base de cálculo fixada, ou 1 salário mínimo para a hipótese de ausência de vínculo empregatício).

Sendo assim, não restou comprovada a possibilidade do alimentante de arcar com encargo majorado e nem a necessidade do alimentando em receber valor superior ao fixado, que se encontra em perfeita consonância com as necessidades presumidas do menor, inexistindo gastos extraordinários.

Destarte, não comporta acolhimento a pretensão de majoração do valor dos alimentos, vez que o alimentado não atestou de maneira inequívoca o aumento das suas necessidades, bem como a possibilidade financeira do alimentante em arcar com a majoração dos alimentos sem prejudicar o seu próprio sustento e de sua prole.

Atendendo ao disposto no Artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, elevo honorários advocatícios para 15% do valor da causa, anotada a gratuidade.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento ao recurso de apelo, com observação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1084015-41.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ZILAH FERREIRA DE ALCANTARA WALLIS, é apelado LALAMOVE TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Proferiu sustentação oral a Dra. Gabriela Ramos Caiado. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Guilherme Gomes Affonso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.863)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2023.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Apelação – Ação de indenização por danos materiais e morais – Improcedência – Preliminar de ilegitimidade passiva – Afastamento – Relação de consumo – Empresa ré que é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, sendo responsável pelo defeito na prestação de serviço, independentemente da existência de vínculo empregatício com o entregador – Golpe do delivery – Falha na prestação de serviço caracterizada – Autora vítima de golpe perpetrado por entregador vinculado ao aplicativo – Dano material – Reconhecimento para devolução do valor debitado indevidamente – Dano moral – Demandante que faz jus à reparação deste dano – Situação vivenciada que não se traduz em mero aborrecimento – Ação julgada procedente – Recurso da autora provido.

VOTO

A r. sentença (fls. 83/85), proferida pelo douto Magistrado Alexandre Batista Alves, cujo relatório se adota, julgou improcedente a presente ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais ajuizada por ZILAH FERREIRA DE ALCANTARA WALLIS contra LALAMOVE TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA. Não houve condenação da autora em sucumbência, diante da ausência de resposta da ré.

Irresignada, apela a autora sustentando que *resta incontroverso que o golpista, valendo-se da relação de consumo entre as partes, valendo-se de vulnerabilidade e falhas da Apelada, tiveram acesso aos dados e informações da Apelante e praticou o golpe. Ademais, resta também evidente que o golpe foi viabilizado pela falta de capacidade da Apelada em garantir a segurança do contato e procedimentos de seu aplicativo, tendo partido desta última as informações e oportunidade para que o golpe fosse concretizado. No presente caso, os defeitos relativos à prestação dos serviços consistem, exatamente, no fato de que prestador de serviços da Apelada ter recebido acesso a dados dos Apelantes, bem como, pelo fato de a Apelada não ter impedido que terceiros, de forma fraudulenta e com interesse delitivo, tivessem acesso aos dados dos Apelante,*

Acesso ao Sumário

inclusive manipulando-os. A negligência in vigilando caracteriza-se pelo fato de que a Apelada tampouco fiscalizava ou supervisionava como os seus prepostos desempenhavam as funções para as quais foram contratados. Da prova já colacionada aos autos, patente que a Apelada, por omissão voluntária e negligência, causou danos materiais e morais aos Apelante, cometendo ato ilícito (art. 186, CC) e está obrigado a repará-los (art. 927, caput, CC). Os danos efetivamente ocorreram. É fato incontroverso que a Apelante foi vítima, de golpe arquitetado e viabilizado pela conduta da Apelada e seus prepostos, efetivado por ladrões que vestiam uniformes, portavam identificação e veículos expedidos pela empresa. Aduz que*, se foi vítima de uma fraude perpetrada por um preposto da Apelada, foi justamente por conta da confiança transmitida marca da Apelada, ostensivamente utilizada por seus prepostos (como demonstra o próprio site da Apelada), bem como, por vazamento de dados e informações da Apelante no momento da contratação do serviço, o qual permitiu que terceiros realizassem contato telefônico informando a necessidade do pagamento. Foi a confiança nos sistemas e marcas da Apelada que levaram a Apelante a ser vítima. Os danos morais são evidentes, visto que a Pessoa Física é titular de direitos de imagem e honra que, quanto ofendidos, fazem nascer o direito de indenização por danos morais. A Apelante passou por diversos constrangimentos haja vista a fraude da qual foram vítimas, o estresse, o medo e a cobrança indevida, ao ver que confiança e imagem, quando abaladas, são fatores de difícil reparação. É presumível o dano causado aos Apelante, visto que é inquestionável o rol de prejuízos que acompanha tamanho lançamento de valores no cartão de crédito, mesmo sem qualquer lastro para isso, e portanto, é dano in re ipsa.* Postula, por tais razões, a reforma da r. sentença.

Recurso tempestivo, processado e recebido no duplo efeito. A apelada apresentou contrarrazões.

Houve oposição ao julgamento virtual por ambas as partes.

É o relatório.

Narra a autora que: "a) sua filha fez uma compra através do aplicativo da ré LALAMOVE no dia 26.06.2021 para que fosse entregue um documento na residência da autora; b) a ré é uma empresa de entregas rápidas de bens e produtos e sua contratação se dá por meio de aplicativo; c) sua filha recebeu uma ligação em 26.06.2021 de um atendente se identificando como funcionário da ré e informando que, devido a um erro no sistema, teria que pagar uma taxa de R$ 6,90 no ato da entrega; d) na ligação, o atendente apresentou todos os dados relativos ao pedido realizado como número do pedido, forma de pagamento, nome da cliente, endereço de retirada e entrega, de forma que transmitiu segurança e confiança; e) o motoboy da ré pediu que o pagamento fosse realizado via cartão de crédito, sob pena de não ser computado no sistema e gerar cobranças extras; f) ao passar o cartão, foi informado que a senha estava errada e, após mais duas

Acesso ao Sumário

tentativas, o pagamento foi realizado; g) após desconfiança de sua filha, ligou para o banco e foi informada que duas compras tinham sido efetuadas no valor de R$ 4.900,00 e R$ 2.500,00, totalizando R$ 7.499,00 onde os lançamentos constavam como favorecido "RSHOPPAG*HENRRIC 26/06"; H) a ré tem responsabilidade pelo prejuízo sofrido pela autora, visto que viabilizou a utilização de seus dados por terceiros fraudadores". Juntou documentos (fls. 28/49).

A ré, embora devidamente citada, não apresentou contestação.

O douto Magistrado houve por bem julgar improcedente a ação.

Pois bem.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela ré.

Deve ser reconhecida sua legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, com base na teoria da asserção, conforme admitida pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, por ter sido apontada pela autora como responsável pela prestação de serviços, bem como por incidir, no caso, o Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que foi em decorrência dos serviços prestados pela ré, que foi utilizado pela demandante, que esta veio a sofrer o golpe aqui versado, aproveitando-se, o meliante, portanto, desta atuação da empresa ré para perpetra-lo.

Conforme a própria ré afirma, presta "serviços de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, incluindo a intermediação entre motorista independente e usuário em diversos tipos de mercadoria", obtendo lucro, razão pela qual torna-se responsável por eventual falha na prestação de serviços, face à incidência, no caso, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a discussão sobre a responsabilidade da ré diz respeito ao próprio mérito da ação.

Sobre a legitimidade passiva, em casos semelhantes tem decidido este E. Tribunal de Justiça:

"*AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Compra realizada por meio de aplicativo na plataforma digital – Fraude perpetrada pelo entregador vinculado à corré Rappi – Prestadora de serviço que responde pelos atos praticados pelos entregadores, independentemente de vínculo empregatício – Danos morais caracterizados em virtude do golpe sofrido e da frustração da consumidora de realizar compra por meio de aplicativo, com comodidade e segurança – Sentença mantida – Recurso não provido.* (TJSP, Apelação nº 1000538-08.2021.8.26.0008, Rel. Des. Mario de Oliveira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 02/09/2021).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. "Golpe do delivery". Consumidor que

contratou os serviços de entrega por aplicativo da ré (Uber Eats) e foi vítima de golpe quando do recebimento do pedido. Legitimidade da ré. Relação de consumo. Alegação de fraude perpetrada por terceiro. Fortuito interno. Dever de prestação de serviços seguros e eficientes. Culpa exclusiva não demonstrada. Responsabilidade objetiva pelo fato do serviço. Risco da atividade. Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral. Transtornos que ultrapassaram o mero aborrecimento. Precedentes em casos análogos. Indenização mantida, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Juros de mora a contar da citação. Honorários sucumbenciais que não comportam redução. Sentença mantida. Recursos desprovidos. (TJSP, Apelação nº 1004357-28.2021.8.26.0565, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. MILTON CARVALHO, julgado em 26/11/2021).

Note-se que o presente caso deve ser solucionado à luz do Código de Defesa do Consumidor, aplicável no caso vertente, por força de seu artigo 3º, parágrafo 2º (vide neste sentido a Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça), perante o qual a responsabilidade da ré, como prestadora de serviços, é, inclusive, de caráter objetivo, consoante se infere do disposto no artigo 14 de referido Código. E, nos termos do parágrafo 3º deste mesmo artigo, o fornecedor somente não será responsabilizado quando provar: "*I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*".

O artigo 6º, inc. VIII, de referido Código, prevê, por sua vez, como um dos direitos básicos do consumidor, "*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*".

A propósito da hipossuficiência, assim leciona Luiz Antônio Rizzato Nunes:

"*O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico*".

"*A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc*".

"*Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais 'pobre'. Ou, em outras palavras, não é por ser 'pobre' que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção*

Acesso ao Sumário

da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material" (Luiz Antônio Rizzato Nunes, *in* "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Direito Material", Ed. Saraiva - 2000, págs. 123/124).

E de acordo, ainda, com os primeiros autores supracitados, "*a vulnerabilidade, como afirma sempre Antônio Herman Benjamin, é a 'peça fundamental' do direito do consumidor, é 'o ponto de partida' de toda a sua aplicação, principalmente em matéria de contratos (art. 4º, I, c/c art. 2º do CDC). Parece-me que, em face do art. 2º e do art. 4º, I, do CDC, milita uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais dos produtos e dos serviços. Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção*" (ob. cit., pág. 71).

No caso, além de ser evidente a hipossuficiência da demandante, é de se verificar que a verossimilhança de suas alegações também se configura no caso, atento aos dados concretos que apontou, não negados expressamente pela ré, que sequer apresentou contestação.

Isto porque, é incontroverso que a filha da autora contratou a ré para entrega de documento na casa de sua mãe, ora apelante, e que esta foi vítima do "golpe do delivery" ou "golpe da maquininha", perpetrado por entregador vinculado ao aplicativo da ré. O golpe já é nacionalmente conhecido.

Apesar de inexistir vínculo empregatício entre o entregador e a ré, a fraude somente ocorreu por meio da vinculação entre ambos.

De acordo com a disposição dos artigos 14 e 18, do CDC, a responsabilidade dos fornecedores que integram a cadeia de consumo é objetiva e solidária ante a fato e vício do produto, ou do serviço.

Dessa forma, a ré, na condição de fornecedora da plataforma de delivery, faz parte da cadeia de consumo e deve ser responsabilizada por eventuais danos decorrentes da falha de seu serviço. Ademais, o golpe somente foi possível porque o fraudador teve acesso aos dados pessoais da consumidora através do aplicativo da ré.

E não se há de falar em culpa exclusiva da vítima, tendo em vista que a autora estava utilizando do serviço fornecido pela ré e acreditou serem verídicas as informações que lhe foram passadas, pois, como já dito, o fraudador teve acesso aos seus dados através do aplicativo.

Nesse sentido, ainda, casos análogos:

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C.C DANOS MORAIS – Golpe do Delivery – Fraude perpetrada por entregador cadastrado na plataforma da empresa ré, o qual realiza cobrança de valor excessivo, a título de frete – Utilização de máquina de cartão de crédito adulterada, no momento da entrega do

Acesso ao Sumário

pedido – Circunstâncias dos autos que denotam que o golpe somente se consumou em razão do acesso dos terceiros fraudadores à informações sigilosas e específicas acerca do pedido de entrega de alimento realizado pelo autor – Culpa exclusiva da vítima e de terceiro não caracterizada – (CDC, art. 14, § 3º, II) – Falha no sistema de segurança da empresa intermediadora, responsável pelo aplicativo em que contratado o serviço – Transtornos imoderados e comprometimento da segurança e sossego do autor – Danos morais configurados – Razoabilidade do valor da indenização fixada em primeiro grau – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1071989-45.2020.8.26.0100; Relator Renato Rangel Desinano; 11ª Câmara de Direito Privado; j. 18/04/2022).

E precedentes desta Câmara:

APELAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. GOLPE DO DELIVERY. AUTOR QUE CONTRATOU SERVIÇOS DE ENTREGA VIA APLICATIVO TENDO SIDO VÍTIMA DE GOLPE PERPETRADO PELO ENTREGADOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA CONDENAR A RÉ A INDENIZAR O AUTOR POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IRRESIGNAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. ALEGAÇÃO DE CULPA ESCLUSIVA DA VÍTIMA OU DE TERCEIRO QUE NÃO VINGA. RESPONSABILIDADE PELO SERVIÇO PRESTADO QUANTO À GESTÃO DO APLICATIVO E À FORMA DE PAGAMENTO. INADMISSÍVEL A TRANSFÊNCIA DO RISCO DA ATIVIDADE AO CONSUMIDOR. A PRESTADORA DE SERVIÇO RESPONDE PELOS ATOS PRATICADOS PELOS ENTREGADORES, INDEPENDENTEMENTE DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL C.C 14, CAPUT, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESSARCIMENTO DO VALOR DESCONTADO, MEDIDA QUE SE IMPÕE. DANO MORAL. AUTOR QUE TENTOU SOLUCIONAR O PROBLEMA EXTRAJUDICIALMENTE, SEM ÊXITO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. VALOR DOS DANOS MORAIS QUE CORRETAMENTE ARBITRADO. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1011060-33.2022.8.26.0405; Relator (a): César Zalaf; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/11/2022; Data de Registro: 18/11/2022).

APELAÇÕES CÍVEIS. Ação de indenização por danos materiais e morais c/c restituição de valores. Sentença de parcial procedência. Inconformismo. Parcial acolhimento. Justiça gratuita indeferida. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. As provas documentais encartadas nos Autos já se revelavam suficientes à formação da convicção da Douta Magistrada "a quo". Legitimidade passiva "ad causam" reconhecida. Solidariedade. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Reconhecimento da solidariedade passiva das Empresas envolvidas, já que integram a mesma cadeia de fornecimento. A Auto-

ra poderia acionar judicialmente uma ou ambas as Empresas. Acionou ambas. Golpe do delivery. Lançamentos fraudulentos efetuados no cartão de crédito da Autora. Transações que fogem ao perfil da cliente. Má prestação dos serviços bancários e de entregas. Responsabilidade objetiva dos Réus. Inteligência do art. 186 do Código Civil e art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça. Débito inexigível. De rigor a devolução, de forma simples, dos valores indevidamente lançados. Vulnerabilidade da consumidora. Danos morais configurados. Indenização fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que se mostra razoável e proporcional a reprimir o ato, sem aviltar ou implicar em enriquecimento de quem a recebe. Abuso configurado, a permitir a responsabilização por força do ato ilícito praticado. Sentença parcialmente reformada. RECURSOS DAS EMPRESAS RÉS NÃO PROVIDO. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO para condenar as Empresas Rés ao pagamento de indenização por danos morais à Autora no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). (TJSP; Apelação Cível 1073198-15.2021.8.26.0100; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/09/2022; Data de Registro: 29/09/2022)

RECURSOS DE APELAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. GOLPE DO DELIVERY. AUTOR QUE CONTRATOU SERVIÇOS DE ENTREGA VIA APLICATIVO (RAPPI) E FOI VÍTIMA DE GOLPE PERPETRADO PELO ENTREGADOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA CONDENAR OS RÉUS, DE FORMA SOLIDÁRIA, A INDENIZAR O AUTOR POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. APELO DA RÉ RAPPI. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. CULPA ESCLUSIVA DA VÍTIMA OU DE TERCEIRO QUE NÃO VINGAM. RESPONSABILIDADE PELO SERVIÇO PRESTADO QUANTO À GESTÃO DO APLICATIVO E À FORMA DE PAGAMENTO. DIANTE DISSO, NÃO SE PODE ADMITIR QUE TRANSFIRA O RISCO DE SUA ATIVIDADE AO CONSUMIDOR, QUE FEZ USO DE SEUS SERVIÇOS AO ESCOLHER A RAPPI COMO INTERMEDIADORA, E NÃO O MOTOBOY QUE FOI POR ELA CREDENCIADO. A PRESTADORA DE SERVIÇO RESPONDE PELOS ATOS PRATICADOS PELOS ENTREGADORES, INDEPENDENTEMENTE DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL C.C 14, CAPUT, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESSARCIMENTO DO VALOR DESCONTADO, MEDIDA QUE SE IMPÕE. DANO MORAL. AUTOR QUE TENTOU SOLUCIONAR O PROBLEMA EXTRAJUDICIALMENTE, SEM ÊXITO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. VALOR DOS DANOS MORAIS QUE COMPORTA MINORAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO RÉU C6. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, CULPA EXCLUSIVA

Acesso ao Sumário

DE TERCEIRO E DA VÍTIMA. OS FATOS SE DERAM POR INTERMÉDIO DA PLATAFORMA GERIDA PELA CORRÉ RAPPI, EM AMBIENTE EXTERNO À CASA BANCÁRIA, FORA DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NA HIPÓTESE, NÃO HÁ COMO IMPUTAR À CASA BANCÁRIA A RESPONSABILIDADE PELO INFORTÚNIO SOFRIDO PELO AUTOR. NÃO HÁ NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO RÉU E OS DANOS RECLAMADOS. AS TRANSAÇÕES FORAM EFETIVADAS EM DECORRÊNCIA DO GOLPE PERPETRADO, CONDUTA QUE CARACTERIZA FORTUITO EXTERNO E, POR ESTA RAZÃO, EXCLUI A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1004122-22.2022.8.26.0405; Relator (a): César Zalaf; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/09/2022; Data de Registro: 14/09/2022)

Os danos materiais ficaram bem demonstrados, caracterizados pelo valor que a autora teve que dispender em razão da fraude, no total de R$7.499,00. Dessa forma, referido valor deverá ser devolvido à autora pela ré.

Com relação ao dano moral, evidente que a autora teve frustrada a expectativa de receber com comodidade e segurança, documento enviado por sua filha por meio do aplicativo da ré, em razão da fraude perpetrada pelo entregador e falta de resolução do caso por parte da requerida. Tal situação superou o mero aborrecimento.

Neste sentido são os precedentes deste ETJSP:

Prestação de serviços. Gestão de aplicativo de delivery. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. repetição de indébito e indenização. Preliminar de legitimidade da instituição financeira afastada. "Golpe do Delivery". Fraude perpetrada pelo entregador vinculado à corré Rappi. Prestadora de serviço que responde pelos atos praticados pelos entregadores independentemente de vínculo empregatício. Culpa exclusiva dos autores. Inocorrência. Dano moral devido. Reparação extrapatrimonial que deve atender às condições econômicas da vítima, à extensão do dano e à gravidade do fato, cujo arbitramento reclama fixação proporcional à sua finalidade. Redução ou majoração da indenização fixada pelo juiz singular. Impossibilidade. Recursos não providos. (TJSP, Apelação nº 1011515-84.2020.8.26.0011, Relator Des. Cesar Lacerda, 28ª Câmara de Direito Privado, j. em 29/06/2021).

CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FATO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS FORNECEDORES. DÉBITO INDEVIDO NA CONTA CORRENTE MEDIANTE O EMPREGO DE FRAUDE. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. DANOS MORAIS DEVIDOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS BEM FIXADA. 1. Irrelevante para fins da fixação de responsabilidade da parte ré, qual seria a relação entre ela e o entre-

Acesso ao Sumário

gador, uma vez que dentro da legislação consumerista os fornecedores dentro da cadeia de consumo respondem solidariamente pelos fatos do serviço, nos termos do art. 14 do CDC: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". 2. Evidenciado que o desconto ocorreu por meio de fraude, inviável se afastar o cabimento de indenização por danos morais, que ficam arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor suficiente para compensar o prejuízo imaterial experimentado pela autora e para reprimir a prática da requerida. 3. Recurso da ré improvido, e provido o da autora. (Apelação Cível 1033522-94.2020.8.26.0100; Relator: Artur Marques; 35ª Câmara de Direito Privado; j. 17/12/2020)

Tem-se entendido, igualmente, que o dano moral decorre do próprio fato violador, o que dispensa a produção de prova a respeito de sua ocorrência.

Conforme leciona Carlos Alberto Bittar a este propósito, "*na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto*" (autor cit., *in* "Reparação Civil por Danos Morais", Ed. RT, pág. 202).

Este é também o entendimento da jurisprudência, consoante se infere da seguinte ementa de julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

"*A jurisprudência deste Pretório está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação*" (REsp 851522/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª T., j. 22.05.07, DJ 29.06.07, p. 644).

Afigura-se cabível, portanto, a indenização por danos morais postulada pela autora, o que encontra amparo não somente no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, que assegurou de forma ampla e genérica o direito ao ressarcimento, mas também nos termos do art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor e dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Relativamente à fixação do montante de referida indenização, importa observar que, na ausência de um critério objetivo para quantificá-lo, seu arbitramento é feito com certa discricionariedade pelo julgador, atento sempre, porém, à gravidade do dano moral sofrido, à condição ou necessidade da vítima e à capacidade do ofensor, além do fator de dissuasão.

Conforme já decidiu a este respeito, a indenização por dano moral "*deve*

Acesso ao Sumário

ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos ou exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica" (RSTJ 137/486 e STJ-RT 775/211).

Da mesma forma, também decidiu referida Corte no sentido de que "*A indenização por dano moral deve ter cunho didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima*" (AgRg no REsp 944792/PE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 02.08.07, DJ 20.08.07, p. 281).

Não se deve olvidar, conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves, trazendo à baila, por sua vez, lição de Maria Helena Diniz, que "*a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando, assim, em parte, seu sofrimento*" (*in* "Responsabilidade Civil", Ed. Saraiva, 9ª ed., págs. 584/585).

Ora, no caso vertente, atento a tais diretrizes e considerando-se, ainda, as circunstâncias do presente caso, consoante apontado na inicial da presente ação e foi acima ressaltado, atento, outrossim, ao valor aqui versado, é de se verificar que o montante deve ser arbitrado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido monetariamente a a partir do julgamento do presente recurso (Súmula n. 362 do E Superior Tribunal de Justiça) e acrescido de juros de mora a contar da citação, à taxa de 1% ao mês. Mencionado valor revela-se condizente com a gravidade do abalo moral sofrido pela demandante, com as condições socioeconômicas desta e a capacidade da ré, além do fator de dissuasão a ser aplicado nestes casos. Note-se, porém, que de acordo com a Súmula nº 326 do E. Superior Tribunal de Justiça, "na ação de indenização por dano moral a condenação

em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca."

Conclui-se, por tais razões, que a irresignação da autora merece ser acolhida para condenar a ré na restituição do valor total de R$7.499,00 (sete mil, quatrocentos e noventa e nove reais), de forma simples, acrescido de correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, bem como, a pagar-lhe a quantia supra fixada (R$5.000,00), à título de indenização por danos morais. Com a procedência da ação, caberá à ré suportar também o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da condenação.

Considera-se prequestionada toda a matéria ventilada neste recurso, sendo dispensável a indicação expressa de artigos de lei e, consequentemente, desnecessária a interposição de embargos de declaração com essa exclusiva finalidade. Ficam as partes advertidas em relação à interposição de recurso infundado ou meramente protelatório, sob pena de multa, nos termos do art. 1026, parágrafo 2º do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053428-02.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO PAN S/A, é apelado JOSÉ LUIZ RODRIGUES ELIO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35328)**

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

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL – FINANCIAMENTO DE VEÍCULO – Sentença de parcial procedência – Insurgência do Réu – Seguro de proteção financeira – Nos contratos bancários, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro – Configuração de

Acesso ao Sumário

venda casada, ressalvado o entendimento pessoal do relator – Entendimento do E. STJ consolidado no julgamento do REsp nº 1.639.259/SP, sob o rito dos recursos repetitivos – Decaimento de ambas as partes – Sucumbência que deve ser fixada de forma proporcional ao decaimento de cada parte – Sentença de parcial procedência mantida – Recurso desprovido, com observação.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 99/107, que nos autos da Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual com pedido de revisão de contrato e repetição de indébito, ajuizada por **José Luiz Rodrigues**, o juiz sentenciante proferiu: "*III - Do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a pretensão deduzida por **JOSÉ LUIZ RODRIGUES ÉLIO** em face de **BANCO PAN S/A**, e assim o faço exclusivamente para reconhecer a abusividade da contratação do seguro prestamista no contrato subjacente ao litígio, cuja revisão determino, expurgando-se seu valor (R$ 1.600,00) da base de cálculo do CET, com reflexos no IOF da operação e repercussão no valor das prestações mensais respectivas, nos termos da fundamentação, observada a necessária compensação dos valores pagos a maior. Dada a sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais serão rateadas por igual entre as partes, sendo devidos honorários advocatícios aos dd. Patronos ex-adversos, arbitrados por equidade em R$ 700,00, na forma do art. 85, § 8º do CPC, observada a gratuidade concedida ao autor*".

Inconformado recorre o banco (fls. 116/130) aduzindo que a venda casada segundo precedente legal, somente ocorre quando a oferta de produtos ou serviço realizados pelo fornecedor é condicionada a venda de outro produto, ou seja, não havendo essa condição a oferta não incorrerá em vício.

Esclarece que o seguro proteção financeira é um seguro prestamista que tem o condão de realizar a quitação do saldo devedor do financiamento em caso perda de emprego, morte ou invalidez e sua contratação é opcional.

Salienta que o apelado optou pela realização do financiamento através de meios digitais, sendo o contrato formalizado através de assinatura eletrônica e biometria facial e, ao utilizar essa forma de contratação são realizados de maneira voluntária e unilateral realizados pelo apelado.

Diz que é apresentado ao cliente uma proposta com o seguro e outra sem, deixando claro que a contratação desse produto é opcional e não condicionante para a conclusão do financiamento.

Relata que não houve desrespeito ao CDC e a contratação do seguro pro-

Acesso ao Sumário

teção financeira em nada feriu as determinações do Tema 972 do STJ, devendo a sentença nesse tópico ser reformada.

Alega que da simples análise dos autos verifica-se que dos diversos pedidos feitos na exordial o autor foi vencedor da minoria, devendo ao caso ser aplicado o disposto no art. 86 do CPC. Clama pela reforma da sentença.

Realizada intimação nos termos da Resolução n. 549/2011 e sem insurgência.

É o relatório do essencial.

2. Compulsando-se os autos constata-se que se trata de ação revisional ajuizada pelo ora apelado visando a procedência da ação a fixação dos juros no percentual de 2,73% a.m e 38,13% a.a correspondente a taxa contratada, afastando o utilizado no CET e o afastamento das tarifas do item II da inicial, com a restituição em dobro (fls. 01/23).

Apresentada defesa e documentos (fls. 49/85); réplica (fls. 89/93); determinada a especificação de provas (fls. 94), ambas as partes pedem o julgamento antecipado da lide (fls. 97 e 98); sobrevindo sentença de parcial procedência, da qual se insurge o réu.

Anote-se que a apelação interposta é tempestiva está preparada, de modo que admitida nos termos dos artigos 932, inciso VIII; 1.007, § 1º; 1.010, § 3º; e 1.012, do Novo C.P.C., com a ratificação deste colegiado.

Conhece-se do recurso interposto, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pois bem. Constata-se dos autos que as partes formalizaram Cédula de Crédito Bancário - Financiamento de Veículo e, sendo o autor pessoa física, aplica-se ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento consolidado na Súmula 297 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, isso não equivale dizer que o consumidor não tem responsabilidade no trato de seus negócios privados, nem que não se aplica o princípio da '*pacta sunt servanda*' em suas negociações.

E o fato de se tratar de contrato de adesão, por si só, não tem o condão de tornar o contrato leonino, de modo que para o deslinde da controvérsia devem prevalecer os princípios da liberdade de contratar, da autonomia das vontades e da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil).

Não obstante, é possível a revisão de contratos que contenham em seu bojo cláusulas supostamente ilegais ou abusivas (art. 51 do CDC).

No tocante a alegação do banco de legalidade da cobrança de seguro razão não lhe assiste.

Isto porque, em relação à contratação de seguro de proteção financeira, a

Acesso ao Sumário

questão já foi objeto de análise pelo E. Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.639.259/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, tendo sido pacificado o seguinte entendimento:

"*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 972/STJ. DIREITO BANCÁRIO. DESPESA DE PRÉ-GRAVAME. VALIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 25/02/2011.* ***SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. VENDA CASADA. OCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA SEGURADORA. ANALOGIA COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 473/STJ****. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO OCORRÊNCIA. ENCARGOS ACESSÓRIOS.*

1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.

2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

(...)

2.2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.

(...)

4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO".

No caso em estudo, ao contratar o crédito o consumidor contratou também o seguro prestamista (fls. 23) por mera adesão, sendo obrigado a aceitar a seguradora e o preço estipulados, de forma que sua liberdade de contratação foi restringida de forma abusiva.

Nesse sentido segue trecho do julgado do Repetitivo n. 1.639.259:

"É esse aspecto da liberdade contratual (a liberdade de escolher o outro contratante) que será abordado na presente afetação, sob o prisma da venda casada, deixando em aberto - até mesmo para outra afetação ou IRDR, se for o caso - a controvérsia acerca da restrição da própria liberdade de contratar.

(...)

Neste norte, propõe-se a consolidação de uma tese semelhante ao enunciado da Súmula 473/STJ, para assim manter coerência com o precedente que deu origem a essa súmula, lembrando-se que a coerência entre precedentes passou a ter eficácia normativa no sistema processual inaugurado pelo CPC/2015 (cf. art. 926).

Propõe-se, portanto, a consolidação da seguinte tese: - ***Nos contratos***

bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada".

Desse modo, a despeito da convicção pessoal deste relator, caracteriza prática abusiva o fato de a instituição financeira/credora impor a aquisição de seguro junto à seguradora de sua escolha.

Aqui imperioso trazer os esclarecimentos do D. Des. Tasso Duarte de Melo quando do julgamento da Apelação n. 1015777-63.2021.8.26.0554, julgada em 27/03/2022:

"*Desse modo, considera-se abusiva a cláusula que impõe ao consumidor a escolha entre (a) não contratar o seguro ou (b) contratar seguro com a segurada indicada pela instituição financeira, ou seja, sem garantir ao consumidor o direito de contratar o mesmo seguro com seguradora diversa daquela indicada.*

Na espécie, é inverossímil a tese de imposição do seguro como condição do financiamento, pois o Apelante teve a opção de contratar ou não o seguro ofertado pela Apelada, tanto que celebrada a apólice em instrumento apartado do mútuo, assinado pelo consumidor (fls. 316/317).

Não há prova, entretanto, de que a Apelada lhe assegurou a liberdade de escolher contratar o seguro com seguradora de sua preferência, sendo irrelevante a simples coleta da assinatura do consumidor em termo de adesão apartado do financiamento".

E. nesse sentido já se manifestou este E. Tribunal de Justiça:

"CONTRATO – Financiamento de veículo – Pretensão ao afastamento dos juros capitalizados, das tarifas de avaliação, de registro de contrato e do seguro prestamista – Ação julgada parcialmente procedente, afastando somente a cobrança do seguro – Insurgência pela financeira, defendendo a regularidade da contratação – Descabimento – ***Seguro prestamista vinculado ao contrato que se mostra abusivo, considerando que não oportunizado ao consumidor o direito de escolha acerca da seguradora eleita, não se prestando a tanto mero campo para ser demarcado com "x" para sim ou para não – Aplicação da tese assentada no REsp. repetivo nº 1.639.320/SP, da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Tema 972/STJ, julgado em 12/12/2018 – Configuração de típica venda casada, prática ilegal, a teor do contido no art. 39, I, do CDC*** *– Precedentes – Sentença mantida – Honorários recursais indevidos no caso – Recurso desprovido. (Apelação n. 1000533-33.2020.8.26.0424, 12ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Jacob Valente, j. 30.09.2021).*

"CONTRATO BANCÁRIO – Ação revisional de cláusulas contratuais c.c. repetição de indébito – Cédula de crédito bancário – Nulidade da

*sentença não verificada – **Ilegalidade da cobrança do seguro "garantia mecânica", porquanto imposta a contratação com seguradora previamente determinada pela instituição credora** – **Venda casada configurada** – Orientação do Recurso Especial Repetitivo nº 1.639.320-SP – Procedência parcial mantida – Recursos improvidos" (Apelação n. 1038850-42.2019.8.26.002, 20ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Correa Lima, j. 25.01.20).*

Assim, reconhecida a abusividade da cobrança supracitada, correta a sentença que determinou a repetição na forma simples a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

No mais, quanto a distribuição do ônus da sucumbência, tem-se que não se mostra possível a aplicação do disposto no art. 86 do CPC, como pretende o banco apelante, sendo correta a aplicação de sucumbência proporcional ao decaimento de cada parte.

Logo, observa-se que o autor deve arcar com o percentual de 70% (setenta por cento) e o réu o percentual de 30% (trinta por cento), das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) já computados os honorários recursais, ressalvada a gratuidade de justiça concedida ao autor.

Desse modo, mantém-se íntegra a sentença cuja reforma se persegue.

3. Destarte, **nega-se provimento ao recurso, com observação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006828-20.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ROBERTO JOÃO GOUVEIA e MARILEIA MARCONDES MORENO PINHEIRO, são apelados GOL - TRANSPORTES AÉREOS S/A e AEROVIAS DE MÉXICO S/A DE C. V. AEROMEXICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39494)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), NELSON JORGE JÚNIOR e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais – Transporte aéreo internacional – Cidade do México a Guarulhos – Autores apelantes não viajaram no voo contratado por testarem positivo para Covid-19, permanecendo em isolamento por 15 dias – Alegação de que as requeridas condicionaram a remarcação dos bilhetes aéreos ao pagamento de "diferença tarifária" abusiva, compelindo-os diante da negativa de remarcação dos bilhetes com isenção de taxas a adquirirem bilhetes de terceira aérea para viajarem em voo de retorno ao país – Propósito de condenação das aéreas requeridas a ressarcirem o valor dos bilhetes aéreos adquiridos de terceira aérea e indenização por danos morais – Improcedência – Falta de verossimilhança nas alegações – Ausência de abusividade na cobrança de "diferença tarifária" para remarcação dos bilhetes aéreos – Prova documental demonstrando que a corré Aeroméxico autorizou a remarcação dos bilhetes aéreos após o término do período de isolamento com isenção do pagamento de "taxa de reagendamento", porém, não isentando os autores do pagamento de "diferença tarifária" entre o valor dos bilhetes aéreos relativos ao voo de 25/10/2021 e o valor do voo a ser remarcado, em data futura – "Taxa de reagendamento" não se confunde com valor de "diferença tarifária" cobrada para remarcação de bilhetes aéreos em voo de 8/11/2021, ou seja, em período (mês, data e horário) totalmente diferente àquele inicialmente contratado pelos autores – Requerentes não eram isentos do pagamento de "diferença tarifária" relativa a remarcação dos bilhetes aéreos, possuindo isenção somente quanto ao pagamento da "taxa de reagendamento", adquirindo livremente bilhetes aéreos de terceira companhia aérea, no próprio dia 8/11/2021, por valor consideravelmente superior a "diferença tarifária" cobrada pela aérea corré – Ausência de responsabilidade das requeridas ressarcirem o valor dos bilhetes aéreos adquiridos livremente pelos autores de terceira companhia aérea – Nexo causal não evidenciado – Ato ilícito inexistente

Acesso ao Sumário

– Danos materiais e morais não caracterizados – Recurso negado.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória por danos materiais e morais movida por **ROBERTO JOÃO GOUVEIA** e **MARILEIA MARCONDES MORENO PINHEIRO** em face de **GOL TRANSPORTES AÉREOS S/A** e **AEROVIAS DE MEXICO S.A. DE C V AEROMEXICO**, julgada improcedente, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência fixados em 10% do valor da causa (fls. 406/411).

Apelam os autores, sustentando falha na prestação do serviço de transporte aéreo das requeridas. Não embarcaram no voo contratado, em 25/10/2021, por testarem positivo para Covid-19, permanecendo em isolamento no hotel até 8/11/2021. Receberam e-mail da corré Aeroméxico autorizando a remarcação dos bilhetes aéreos após o término do período de isolamento, sem o pagamento de "taxa de reagendamento", sendo abusiva a "diferença tarifária" cobrada para remarcação dos bilhetes para voo em 8/11/2021. Em decorrência da falha do serviço das requeridas, condicionando a remarcação dos bilhetes aéreos ao pagamento de "diferença tarifária" de US$2.500,00, foram compelidos a adquirem bilhetes de terceira aérea para retornarem ao país, desembolsando valor extraordinário que deve ser ressarcido pelas requeridas. O vício de serviço das requeridas, cobrando abusivamente tarifas que os autores eram isentos de pagamento, forçando-os a adquirirem bilhetes aéreos de terceira aérea, caracteriza danos morais, postulando indenização de R$10.000,00. Pugnam pelo provimento do recurso, julgando-se procedente a ação (fls. 414/421)

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

VOTO.

Cuida-se de ação indenizatória por danos materiais e morais, alegando-se falha na prestação do serviço de transporte aéreo internacional de passageiros.

Narra a petição inicial adquiriram os autores bilhetes aéreos, utilizando-se de pontuação acumulada no programa de milhagem da corré Gol, para o transporte de voo operado pela corré Aeroméxico, partindo da Cidade do México com destino a Guarulhos, em 25/10/2021.

No dia anterior ao voo, os autores comunicaram a corré Aeroméxico que não embarcariam no voo contratado por testarem positivo para Covid-19, recebendo em resposta e-mail da corré autorizando a remarcação dos bilhetes aéreos sem o pagamento de taxas.

Findo o período do isolamento, em 8/11/2021, ao solicitarem a remarca-

Acesso ao Sumário

ção dos bilhetes aéreos, as requeridas condicionaram a remarcação dos bilhetes ao pagamento de "diferença tarifária", no valor de US$2.500,00, compelindo os autores diante da negativa de remarcação dos bilhetes sem o pagamento de taxas abusivas, a adquirem bilhetes aéreos de terceira aérea (LATAM) para viajarem em voo de retorno ao país.

Alegaram os autores: "*Os requerentes indignados argumentaram novamente que possuíam por escrito um e-mail da Aeromexico autorizando o reagendamento das passagens sem a cobrança de taxas, porém nada adiantou, a companhia aérea exigia o pagamento da taxa exorbitante para remarcação das passagens. Dessa forma, os requerentes não tiveram como fazer o reagendamento das passagens aéreas junto a empesa parceira da Gol, AEROMEXICO, perdendo os bilhetes. Desesperados, sem ter como voltar para o Brasil, a única alternativa encontrada foi comprar as passagens aéreas na empresa LATAM, utilizando os limites disponíveis em seus cartões de crédito, sendo efetuada a compra em 08 de novembro/2021, com a emissão dos bilhetes para a data 10 de novembro/2011 - o que exigiu que os autores permanecem por mais dois dias na cidade do México*" (fl. 5).

Pediram procedência da ação, condenando-se as requeridas por danos materiais, no valor dos bilhetes aéreos adquiridos de terceira aérea, e danos morais.

A ação foi julgada improcedente, sendo a r. sentença apelada assim fundamentada:

"***A Lei 14.034/20 alterada pela Lei 14.174/21 dispõe sobre medidas especiais para o setor de aviação em tempos de pandemia de covid-19, havendo previsão de disponibilização de crédito ou de reembolso do valor correspondente à passagem sem aplicação de penalidades contratuais quando o consumidor desistir do voo. Com o resultado positivo para Covid-19, os autores entraram em contato com a Aeromexico e conseguiram a isenção do pagamento de taxa de reagendamento por passageiro (fl. 25). Contudo, a mesma mensagem ressaltava que diferenças tarifárias poderiam ser cobradas no momento de remarcação do voo. Os autores recusaram-se a pagar diferença tarifária de aproximadamente US$2,500.00 à corré Aeromexico, mas adquiriram bilhetes de terceira companhia aérea por US$5,194.82. Não se justifica, considerando a vedação do enriquecimento sem causa, o ressarcimento do valor da passagem adquirida, pois os autores efetivamente receberam o serviço prestado com a compra do novo bilhete (Latam) e ainda poderiam pleitear o reembolso ou créditos da passagem aérea da ré (§ 3º do art. 3º da Lei 14.034/20), mas optaram por comprar bilhetes mais caros do que a diferença tarifária da Aeromexico, de modo que a indenização material não subsiste. O art. 178 da Constituição da República preceitua a observância dos acordos firmados pela União e a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da***

Acesso ao Sumário

prevalência sobre preceitos do Código do Consumidor (RE 636.331-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.5.17). De conformidade com precedente do STJ, o atraso de voo não implica dano "in re ipsa": "5. Na específica hipótese de atraso de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida. 6. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros." (REsp 1.584.465-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.18). À luz do texto legal a reparação moral não prescinde da "demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo" (art. 251-A do Código Brasileiro de Aeronáutica). A despeito da dificuldade da língua em país estrangeiro e da situação de impossibilidade de embarque em razão da contaminação por Covid-19, não se reconhece comportamento da ré a causar lesão que enseje reparação pecuniária. O Direito, assim como os demais ramos do conhecimento, não prescinde da abstração para formular regras e princípios. E a concepção de dano moral, enquanto lesão aos "direitos da personalidade", não é senão uma abstração elaborada a partir de certo fato objetivo, como o homicídio de um parente próximo, a ofensa pessoal, a inclusão do nome em rol de maus pagadores ou, como é o caso, a ineficiência do transporte aéreo. É claro que a dor íntima, o abalo psíquico, a turbação anímica constituem uma realidade da experiência humana. Mas a abstração admitida nas causas – em grande medida por exigência de produtividade e gestão do serviço judiciário – vem atraindo uma enormidade de demandas artificiais, sem nenhum conflito intersubjetivo subjacente, com a expectativa de auferir ganho material mediante advocacia predatória e assédio a grandes corporações ou conglomerados financeiros, sob o beneplácito do Poder Judiciário. No que diz respeito particularmente às companhias aéreas, é notória a existência de um mercado, com "startups" criadas para obter reparação pecuniária e propositura da ação precedida de cessão ilegal do crédito (Código Civil, arts. 11 e 286). Na internet encontram-

Acesso ao Sumário

se diversas ofertas de aquisição do crédito do consumidor por R$1.000,00 ou quantia similar, evidenciando a instrumentalização do sistema de justiça, por meio de um "contrato de gaveta", que não aparece senão inadvertidamente, como pude constatar nos autos 1005267-29.2020 desta vara. Em sua concepção substantiva, o dano moral tem lugar em "situações efetivamente graves" (Princípio da Reparação Integral, Paulo de Tarso Sanseverino, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 265) e "pressupõe ofensa anormal à personalidade" (STJ, REsp 202.504-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.11.01). Aqui não se vislumbra lesão efetiva aos valores que integram a dignidade do indivíduo ou algum aspecto significativo da personalidade, mas apenas aborrecimento ou insatisfação pessoal comuns em se tratando de relações contratuais e que não deixam de consubstanciar efeito de uma economia incipiente no que tange à concorrência e possibilidades de escolha de consumo. Ademais, vicissitudes e contratempos integram o drama da existência humana e banalizar a dor juridicamente reparável levará a uma cúpida monetarização da vida, estimulando a cultura da emulação e do vitimismo. Pelo exposto, rejeito o pedido (CPC, arts. 487, inc. I, e 490) e condeno os autores no reembolso de custas e despesas, além do pagamento dos honorários advocatícios fixados 10% do valor da causa atualizado e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês contados do trânsito em julgado, rateados entre os advogados das rés (CPC, art. 85, § 16)".

Nega-se provimento ao recurso.

As requeridas se enquadram na condição de prestadoras de serviços de transporte aéreo, figurando os autores como destinatários finais e consumidores, sendo objetiva a responsabilidade das requeridas, independe de culpa (art. 14 do CDC), bastando a comprovação do dano e o nexo de causalidade com o defeito na prestação do serviço.

O conjunto probatório, todavia, demonstra inexistir nexo causal entre o dano alegado e o ato ilícito relatado na inicial, elidindo o dever de indenizar das requeridas.

Os autores apelantes postulam danos materiais e morais, alegando falha de serviço das áreas requeridas, por condicionarem a remarcação de bilhetes aéreos para voo da Cidade do México a Guarulhos, em 8/11/2021, ao pagamento de "diferença tarifária" no valor de US$2.500,00, compelindo-os diante da negativa de remarcação dos bilhetes com isenção de taxas, a adquirem bilhetes aéreos de terceira aérea para viajarem em voo de retorno ao país.

Data vênia do posicionamento dos autores apelantes, a prova documental demonstra inexistir abusividade na cobrança da "diferença tarifária" para remarcação dos bilhetes aéreos para voo, em **8/11/2021**.

Os autores apelantes, se utilizando de pontuação acumulada no programa

Acesso ao Sumário

de milhagem da corré Gol, adquiram bilhetes aéreos de voo operado pela corré Aeroméxico, para 25/10/**2021**, no qual não viajaram por testarem positivo para Covid-19, permanecendo isolados no hotel até 8/11/2021, fato incontroverso.

A corré Aeroméxico, em resposta ao pedido dos autores de remarcação dos bilhetes aéreos, enviou e-mail autorizando-os a remarcarem os bilhetes aéreos para voo após o término do período de isolamento, isentando-os do pagamento de "taxa de reagendamento", porém, não isentando os autores do pagamento de "***diferenças tarifárias, taxa de no show e uma pequena taxa de serviço telefônico***" (fl. 3).

Portanto, a isenção concedida pela corré Aeroméxico alcançava somente a "taxa de reagendamento", não abrangendo o valor relativo a "diferença tarifária" para remarcação dos bilhetes aéreos, como sustentam os autores apelantes.

A "taxa de reagendamento" não se confunde com o valor de "diferença tarifária" relativa à remarcação de bilhetes aéreos em período totalmente diferente (mês, data e horário) àquele inicialmente contratado pelos autores.

A propósito da "diferença tarifária" esclareceu a corré Aeroméxico: "*Isto porque a diferença tarifária é a diferença entre o valor pago pelo bilhete aéreo e o valor do novo voo para qual o passageiro deseja trocar. Ela existe justamente para impedir que passageiros mal-intencionados comprem passagens aéreas para datas de baixa temporada, portanto, com o preço excepcionalmente reduzido, e consigam alterar os bilhetes aéreos livremente e sem nenhum custo adicional para datas de alta temporada, que notoriamente possuem o valor muito mais elevado. Logo, não há se falar que a diferença tarifária configure taxas de cobrança abusiva*" (fl. 44).

Dessa forma, não se comprovando por documentos que os autores apelantes eram isentos do pagamento da "diferença tarifária" impugnada, alcançando a isenção concedida pela aérea corré somente a "taxa de reagendamento" (fl. 3), nenhuma irregularidade há na cobrança da "diferença tarifária", no valor de US$2.500,00, para remarcação dos bilhetes aéreos relativos ao voo partindo da Cidade do México com destino a Guarulhos, em 8/11/2021.

Acesso ao Sumário

Os autores apelantes adquiriram os bilhetes aéreos para voo em **25/10/2021** utilizando-se de pontuação acumulada em programa de milhagem da corré Gol, não demonstrando, ônus que era seus, a abusividade do valor cobrado a título de "diferença tarifária" (US$2.500) para remarcação de bilhetes aéreos em voo operado pela corré Aeroméxico, em **8/11/2011**. Limitaram-se a sustentar eram isentos do pagamento de referido valor, o que não eram, conforme infirmado pela prova documental produzida.

Ademais, embora os autores recusassem o pagamento da "diferença tarifária" no valor de **US$2.500,00**, optaram livremente em adquirir, ainda em 8/11/2021, bilhetes aéreos de terceira companhia aérea (LATAM), pelo valor de

US$5.194,82 (fls. 5 e 30/34), ou seja, pagaram valor consideravelmente superior a própria "diferença tarifária" cobrada pela corré Aeroméxico, repelindo a tese que as requeridas possuem responsabilidade em ressarcir o valor extraordinário desembolsado para aquisição das novas passagens, repita-se, livremente adquiridas pelos autores apelantes.

Nesse sentido bem pontuou o d. Juiz *a quo* na r. sentença apelada: "***Os autores recusaram-se a pagar diferença tarifária de aproximadamente US$2,500.00 à corré Aeromexico, mas adquiriram bilhetes de terceira companhia aérea por US$5,194.82. Não se justifica, considerando a vedação do enriquecimento sem causa, o ressarcimento do valor da passagem adquirida, pois os autores efetivamente receberam o serviço prestado com a compra do novo bilhete (Latam) e ainda poderiam pleitear o reembolso ou créditos da passagem aérea da ré (§ 3º do art. 3º da Lei 14.034/20), mas optaram por comprar bilhetes mais caros do que a diferença tarifária da Aeromexico, de modo que a indenização material não subsiste***".

Nesse cenário, inexistindo nexo causal entre o dano alegado e o ato ilícito imputado às aéreas requeridas, ausente responsabilidade das requeridas apeladas de indenizar por danos materiais e morais, conforme bem decidiu o d. Juiz na sentença apelada.

Por isso, não comporta acolhimento o propósito recursal, majorando-se os honorários advocatícios na fase recursal em mais 5% do valor atualizado da causa (art. 85, §11, do CPC).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029339-17.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VANESSA RUSSO GUIMARÃES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COSTA E CURVO ESTÉTICA LTDA. - ME.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Artur Jacobelli Nunes de Oliveira - OAB/SP 237.974", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33963)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente) e CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2023.

Acesso ao Sumário

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Apelação cível. Obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais, morais e estéticos. Alegada falha na prestação de serviços de embelezamento facial mediante aplicação de toxina botulínica ("*botox*") e preenchimento de olheiras. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Juntada de fotografias e alegação de descumprimento intencional pela ré de juntada de prontuário médico da paciente. Prontuário médico é documento essencial para a análise da correção do procedimento. Omissão da ré na apresentação desse documento, mesmo após regularmente intimada. Aplicação de *botox* e preenchimento facial. Provas indicam alterações faciais importantes (paralisia) e lesão oftalmológica (diplopia). Incumbência da ré demonstrar que o resultado indesejado decorreu de causas externas. Fato não demonstrado. Nexo causal evidenciado, autorizador do acolhimento do indenizatório. Procedência da pretensão inicial. Fixados danos morais e estéticos de forma global em R$20.000,00 (vinte mil reais). Valor adequado as peculiaridades da causa, vez que a autora permaneceu longo período com alterações faciais. Fixados danos materiais. Reembolso de quantias efetivamente pagas. Sucumbência atribuída ao réu-vencido, fixados honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) do valor da condenação. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de obrigação de fazer e indenizatória por danos materiais, morais e estéticos, sob alegação de falha na prestação de serviços de embelezamento facial de aplicação de toxina botulínica ("*botox*") e de preenchimento de olheiras, realizado em 17/02/2018.

Sobreveio sentença de improcedência às fls. 534/538, condenada a autora em custas, despesas processuais e honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Irresignação da autora. Inicialmente junta em apelação fotografia da cele-

Acesso ao Sumário

bração de cerimônia de formatura da filha, realizada em 11/03/2018, após os fatos narrados, alegando cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado sem observar alteração facial e inexistência de prontuário da paciente para apurar evidente falha na prestação de serviço de embelezamento facial.

No mérito, reitera pedido de procedência total da ação, mediante condenação da ré por danos estéticos em valor superior a R$100.000,00 (cem mil reais) e danos morais no mesmo patamar, ambas com correção monetária nos termos da Súmula 362 STJ e juros de mora desde evento, nos termos do art. 398 CC. Pede também o reembolso dos valores pagos.

O recurso foi regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões (fls. 587/590). Houve oposição ao julgamento virtual (fl. 594).

É o relatório do essencial.

DOCUMENTOS NOVOS EM APELAÇÃO

Quanto à juntada de documentos novos pela autora envolvendo fotografias de cerimônia de formatura da filha em 2018, estas serão consideradas para análise do mérito recursal, vez que somente foi disponibilizada pela empresa responsável pelo evento (Millenium Formaturas) após a propositura da ação.

PRONTUÁRIO DA PACIENTE

Houve determinação para juntada de prontuário da paciente, sendo controvertida alegada falha na prestação de serviços de embelezamento facial (*botox* e preenchimento de olheira).

Os documentos apontandos pela ré como "*prontuário*", em verdade, referem-se, tão somente, a contrato de prestação de serviços (fls. 232/240). Não há informações acerca dos locais de aplicação das substâncias na paciente, apenas contratação sobre quantidades (50 "*uis*" de toxina botulínica e 1 ml de preenchimento de olheira).

E, no caso, o perito apontou ser imprescindível a apresentação do prontuário médico. A determinação de apresentação do documento foi reiterada, mas não foi atendida pela ré (fls. 406/409 e 466).

A apresentação do prontuário da paciente envolvendo procedimento estético do dia 17/02/2018 (fl. 24), possibilitaria análise clara do procedimento realizado, notadamente sobre locais de aplicação das substâncias contratadas na paciente. Mais do que isso, deveria ser juntado no processo, visando auxiliar a instrução. No entanto, isso não foi feito.

No caso, houve inércia pela ré, fato devidamente impugnado pelo perito. Neste ponto, a prova pericial consignou:

> "*Prejudicado. Explico. Na documentação às fls. 232/240, apontada como "prontuário" pela ré às fl. 468 após pedido deste perito às fl. 462, não há descrição do local preciso da aplicação.*"

Acesso ao Sumário

Em razão do quanto exposto, incumbida a ré demonstrar e provar que resultado indesejado decorreu de causas externas e não de procedimento sob sua responsabilidade, mediante juntada de prontuário da paciente visando apurar metodologia supostamente apropriada, seus conceitos e definições.

A relação havida entre as partes é de consumo e o documento (prontuário da paciente) somente poderia ser produzido pela ré. Assim sendo, ante há aplicação da regra do artigo 6°, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no caso de omissão na apresentação do documento.

Dito isto, havendo inércia na juntada de documento essencial para controvérsia (prontuário da paciente), há presunção de veracidade do alegado na exordial pela paciente.

MÉRITO

A prova técnica apontou existência de nexo de causalidade dos fatos alegados com os problemas de saúde e estéticos apresentados pela autora. Referidas complicações envolvem "*erro de técnica*" (fls. 497/498).

A perícia médica realizada pelo Dr. Christian Ellert, CRM/SP nº 97.847, conclui de forma explicita a presença do nexo de causalidade entre as alterações na face da autora e aplicação de substancias pela ré, a saber (fl. 498):

> "*Os elementos disponíveis permitem admitir o nexo de causalidade entre as alterações e a utilização de toxina botulínica descrita na documentação da Requerida à(s) fl(s). 232/240.*"

Também vale ressaltar que o perito ressalva que não obstante omissão pela ré na utilização de "acido hialurônico *Rennova Fill*", visando preenchimento de olheiras da paciente, ressaltou que este fato não afasta o nexo de causalidade.

Portanto, tendo como verdadeira a aplicação incorreta de toxina botulínica e do preenchimento de olheira, com ácido hialurônico, conforme consta do documento de fls. 237/240, resta evidenciada a responsabilidade da ré pela prestação de serviço deficiente, em prejuízo da autora, sendo cabível a indenização pretendida (em menor extensão).

O nexo de causalidade é patente e advém do defeito na prestação do serviço. Fixada a responsabilidade da ré, do dano causado à autora e do nexo causal, falta aferir o valor da indenização a ser concedida em sede recursal.

E, no caso, da análise das fotografias, a paciente sofreu relevante assimetria ns olhos (fl. 377), objeto de atendimento médico perante CEMA em diversas datas, após realização de procedimento estético com a ré (fl. 378).

Os fatos ocorrerem em 2018, sendo realizada prova perícia técnica em 2021. Todavia, não obstante o lapso temporal, conclui-se que a autora foi submetida aos efeitos danosos do procedimento estético, culminando em alteração facial, sendo diplopia em todas as posições do olho, retração da pálpebra, dor

ocular, secura ocular, restando apurado que as sequelas podem permanecer por até 3 (três) anos.

Atualmente, desde 04/02/2021, a autora encontra-se em alta ambulatorial oftalmológica, todavia, com olhos secos e assimetria altura dos globos oculares (fl. 501).

Ganha relevância o fato de que a autora compareceu em viagem e formatura da filha da autora (fl. 377), com assimetria facial em razão do procedimento estético praticado pela ré.

Estabelecida a responsabilidade da ré, dos danos morais causados a autora e do nexo causal, resta apreciar a irresignação com relação à fixação da indenização devida. Para isso, devem ser verificados requisitos, tais como a intensidade da culpa, as resultados advindos do ato ilícito, etc. O dano moral abrange também os danos estéticos.

O valor da indenização deve ser fixado em valor razoável, procurando compensar o lesado e desestimular o lesante, sem proporcionar enriquecimento ilícito. Ressalte-se que se apresentam como norteadores para a quantificação do dano, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ainda, o princípio que veda o enriquecimento ilícito, deles não podendo se divorciar o Julgador. Além disso, o dano deve ser fixado em valor razoável, procurando compensar o lesado e desestimular o lesante, sem proporcionar enriquecimento ilícito. A reparação atua como elemento educativo do ofensor e da sociedade, no sentido da conscientização de seus deveres.

Conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho:

"enquanto o dano material atinge o patrimônio, o dano moral atinge a pessoa. Este último é a reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de uma agressão a um bem integrante de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores do espírito".

"Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima".[1]

Acrescenta Carlos Alberto Bittar:

"*na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.*"[2]

1 Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Malheiros, 5ª edição, páginas 94/95.

2 Responsabilidade civil por danos morais", pág. 202, 2ª ed., RT.

Acesso ao Sumário

Assim, atentando para a repercussão do dano na vida da autora e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia consentânea aos fatos ocorridos e peculiaridades da demanda, identifica-se como razoável a fixação moral e estética de forma global em R$20.000,00 (vinte mil reais).

O valor da indenização deve ser corrigido monetariamente desde o arbitramento com fulcro na Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça e, o juros de mora de 1% (um por cento) ao mês incidentes nos termos da súmula 54 do STJ.

Quanto ao valores despendidos pelo procedimento estético impugnado de R$350,00, (fl. 21 e 26), conforme pleiteado na petição inicial, a autora faz jus ao ressarcimento das quantias efetivamente pagas, com atualização monetária desde desembolso e com juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Diante o exposto, a melhor solução é a reforma parcial da sentença, nos moldes acima apontados.

SUCUMBÊNCIA

Finalizando, ante a inversão do resultado do julgamento, fica caracterizada a maior sucumbência a ré, motivo pelo qual atribui-se a ela a responsabilidade pelo pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios fixados estes em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação.

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 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação da autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005957-11.2019.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante RICARDO

CARDOSO DA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados DANONE LTDA., LUIS PEREIRA NETO (REVEL), JOELITON DA SILVA SOUZA (REVEL), TRANSBRUNARDO TRANSPORTES LTDA (REVEL), A.C. LUCCHIARI FRANCA DE FREITAS EPP (REVEL) e CLARION REIM SOUTH AMÉRICA INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (REVEL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.111)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2023.

LIDIA CONCEIÇÃO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. Ação de responsabilização civil. Sentença de improcedência. Autor que foi atropelado, ficando prensado entre caminhões. Preliminar. Ausência de citação. Preliminar afastada. Corréus devidamente citados. Ausência de comprovação da dinâmica do acidente pelo autor. Art. 373, I, do CPC. Prova coligida inconclusiva. Não demonstração de culpa de qualquer um dos corréus. Responsabilidade elidida em face à inexistência do nexo de causalidade. Artigos 186 e 927, ambos do CC. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 287/290 que julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Inconformado, apela o autor (fls. 293/303). Sustenta, em síntese, que não houve citação do corréu Francisco Luis Pereira Neto, não podendo ter ocorrido o julgamento da lide. Além disso, não poderia ter ocorrido julgamento antecipado da lide, por ausência de provas.

Afirma que sofreu acidente em decorrência de condutas ilícitas dos corréus (o causador direto do acidente, o motorista responsável e qualificado para conduzir o caminhão, a proprietária do caminhão causador do abalroamento, a locadora do veículo, bem como as empresas que se beneficiaram pela locação do

Acesso ao Sumário

caminhão), conforme se verifica pelos boletins de ocorrência da Polícia Militar.

Aduz que, no momento do abalroamento, o caminhão era dirigido por pessoa não habilitada e não havia fiscalização no local. Assim, o acidente que sofreu lhe causou sequelas e danos de ordem moral, material, estética e funcional, sendo devidamente comprovado o nexo de causalidade.

Recurso tempestivo e não preparado (gratuidade deferida às fls. 61).

Contrarrazões apresentadas (fls. 308/321).

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória decorrente de acidente no qual houve o atropelamento do autor. Narra o autor que o acidente ocorreu no dia 24.03.2017, às 06:26 horas enquanto conferia a sua carga, já instalada, para distribuição. Na ocasião, foi atingido pelo caminhão VW/9.150E Cummins, ano 2009, modelo 2010, de propriedade de A.C. Lucchiari Franca de Freitas Epp, indevidamente conduzido por Joeliton da Silva Souza, que sem adotar as cautelas de segurança, realizou manobra de marcha a ré e atingiu o autor. Acabou prensado entre os dois caminhões, teve o tórax comprimido e antebraço e mão direitos esmagados, com fratura do 2º metacarpo direito.

Aduz que as partes são solidariamente responsáveis pelo acidente, tendo em vista que Luis Pereira Neto deu ordem para que Joeliton da Silva Souza (ajudante) conduzisse o caminhão ate as docas, sendo a empresa Transbrunardo Transportes LTDA. a empregadora de ambos. No mais, inseriu a empresa A.C. Lucchiari Franca de Freitas EPP no polo passivo, pois é a empresa proprietária do caminhão. A empresa Danone Ltda., por sua vez, é a empresa responsável pela carga do caminhão (contrato de transporte com a empresa Transbrunardo) e, por fim, a empresa Clarion Reim South América Investimentos Imobiliários LTDA. é proprietária, gestora e responsável pela logística e organização do Condomínio Logístico Global, local do acidente.

Preliminarmente, não há que se falar em nulidade da r. sentença por ausência de citação de um dos corréus, tendo em vista que, às fls. 264, o próprio autor informou que o corréu se chamava Francisco Luis Pereira Neto e este foi citado às fls. 269 e 271. Aliás, irrelevante que a correspondência citatória não tenha sido recebida em mão própria posto que recebida sem qualquer ressalva.

No mérito, o recurso do autor não comporta provimento, tendo agido com acerto o MM. Juízo *a quo* que julgou improcedente a ação.

Primeiramente, o autor, instado pela D. Magistrada a especificar as provas que pretendia produzir, limitou-se a manifestar interesse em audiência de conciliação, silenciando quanto a produção da prova que era imprescindível no caso concreto (fls. 281).

E no caso, bem apontou o D. Magistrado sentenciante que a revelia dos corréus - a exceção da Danone - não importa na procedência da demanda. Isto

Acesso ao Sumário

porque, o autor narra na petição inicial que estava com o seu veículo estacionado em um pátio no momento do acidente, ocasião em que conferia a carga. Não há qualquer relato que descreva de forma clara o sinistro, posto que não se tem clareza dos detalhes da ocorrência. E era ônus do autor demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do motorista do outro caminhão e o sinistro bem como das consequências do fato ao autor (danos). Não o fez.

Isto porque, em que pese a narrativa do acidente, verifica-se que o autor não produziu nenhuma prova no sentido de comprovar a dinâmica do acidente, mesmo que indiciária. Verifica-se que o autor sequer trouxe Boletim de Ocorrência aos autos, tendo a empresa corré juntado tal documento em sede de contestação.

Neste sentido, a empresa-corré Danone S.A., por outro lado, narra que, de fato, houve acidente no qual o autor ficou prensado entre dois caminhões, porém, pelas provas produzidas, também não é possível imputar culpa de qualquer uma das empresas ou pessoas físicas corrés na medida em que, ao que parece, o sinistro ocorreu no leito carroçável do local.

Desta forma, não é possível verificar o nexo de causalidade entre as condutas das corrés e o acidente ocorrido. Destaca-se que **era ônus do autor a comprovação da dinâmica do acidente**, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil. E, quando determinada a especificação de prova testemunhal a fim de aferir a realidade do ocorrido, o autor não nomeou qualquer testemunha (fls. 281).

Diante desse quadro, embora se lamente o acidente ocorrido e suas sequelas, é possível concluir que o contexto fático-probatório dos autos não revela que a causa do evento danoso ocorrera por culpa da parte das corrés, nem sequer em *culpa in vigilando*, pois nada foi comprovado neste sentido.

Por conseguinte, conclui-se que a responsabilidade dos corréus fora elidida em face à inexistência do nexo de causalidade - (artigos 186 e 927, ambos do Código Civil).

Deste modo, sem que o autor lograsse comprovar os fatos constitutivos do direito afirmado, forçosa a manutenção da r. sentença de Primeiro Grau por seus bem lançados fundamentos, afastando-se, portanto, a pretensão da autora -apelante.

Nesse sentido:

> "Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Controvérsia sobre a dinâmica do acidente não solvida pela prova. Quadro que impunha julgar improcedente a ação. Honorários sucumbenciais bem arbitrados. Recurso improvido". (TJSP; Apelação Cível 1014018-76.2018.8.26.0002; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/03/2022; Data de Registro: 24/03/2022).

Acesso ao Sumário

Por fim, "*de acordo com a jurisprudência da Corte Especial do STJ, 'é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. [...] (Agint no AREsp 1111767/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020)*".

Nesse diapasão, como consectário do desprovimento do recurso interposto pela parte autora, sucumbente, e considerando o grau de zelo, a complexidade, o tempo dispensado na demanda e o trabalho adicional desenvolvido em sede recursal e em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais devidos pelos apelantes em favor do(s) I. Patrono(s) dos réus- apelados, de 10% para 12% sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil com a observação, repisa-se, da regra elencada pelo artigo 98, § 3º, do Estatuto Processual (gratuidade da justiça concedida às fls. 61).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004792-66.2022.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante DIRCE LOPES DE OLIVEIRA LASSALE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PAN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 08182)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2023.

LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE RESCISÃO

CONTRATUAL C.C. INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. DANOS MORAIS – Anulação de contrato de empréstimo – Inexigibilidade do débito – Dano moral – Não ocorrência – Indenização – Descabimento – Abalo à imagem, nome e crédito da autora-apelante no mercado de consumo e na sociedade – Não caracterização – Inadimplemento contratual por si só que não implica em lesão à personalidade – Incômodos ou dissabores de natureza como esta em exame não caracterizam o dever de indenizar – Sentença de parcial procedência dos pedidos mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

VISTOS.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. Sentença de fls. 289/291, cujo relatório desde já fica adotado, proferida pelo d. Juiz da 3ª Vara Cível do Foro da Comarca de Sertãozinho, Dr. Nemércio Rodrigues Marques, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da presente "**AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL c.c. INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO c.c DANOS MORAIS**" que **DIRCE LOPES DE OLIVEIRA LASSALE** promove contra **BANCO PAN S/A**, para "*anular o contrato n. 357103825-0, no benefício previdenciário da parte autora (n. 026075426-9), tornando definitiva a liminar.*" (fls. 291). Em razão da sucumbência recíproca, condenou cada parte no pagamento das custas e despesas a que deu causa e no pagamento dos honorários advocatícios do patrono da parte adversa, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), observada a gratuidade da justiça deferida à parte requerente.

Apelou a autora (fls. 294/298), buscando o provimento do recurso e a parcial reforma da sentença para que o réu seja condenado no pagamento de indenização por dano moral, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Em resposta (fls. 313/318), o réu pugna pelo desprovimento do recurso e pela manutenção *in totum* da r. Decisão hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso tempestivo e dispensado do preparo recursal ante o deferimento da gratuidade da justiça à recorrente (fls. 30). Não houve manifestação das partes de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Depreende-se da analise dos autos, que uma pessoa se dizendo representante do Banco PAN e BMG entrou em contato com a autora por meio do aplicativo de conversas "whatsApp" informando que ela teria direito à restitui-

ção de valores relacionados a "*cartão de crédito consignado*" (fls. 18/29).

Narra a autora que para poder ter acesso ao montante prometido, forneceu seus dados pessoais, enviou cópias de documentos e tirou, até mesmo, uma *selfie* para validar a assinatura digital do que lhe fora solicitado.

Verifica-se, ainda, que embora tenha sido creditado para a conta da autora o valor do empréstimo por ela solicitado, o dinheiro não chegou a ser transferido para terceiros e o golpe não foi concluído.

In casu, ao julgar a demanda, o MM. Magistrado de primeiro grau anulou a operação realizada pela autora, julgando improcedente, contudo, seu pedido de reparação por danos extrapatrimoniais.

Daí dizer, que a matéria devolvida para exame diz respeito unicamente à possibilidade de reforma do *Decisum* hostilizado para que o réu seja condenado no pagamento de indenização pelos danos morais alegados pela autora.

Com efeito, não obstante as razões suscitadas pela autora-apelante, força é convir que a r. Sentença vergastada deve permanecer incólume.

E isto porque, não há o que se falar em indenização por dano moral em favor da autora, notadamente porque não houve a situação que definiria a inegável violação de direitos da personalidade pelo abalo à imagem, nome e crédito da requerente no mercado de consumo e na sociedade.

Na hipótese, verifica-se que não houve qualquer consequência gravosa a demandante, configurando-se mero dissabor e contratempo que não autoriza o pagamento de indenização por dano moral, haja vista que o dano moral extravasa o campo dos meros percalços, atingindo intensa violação aos atributos da personalidade.

Aliás, diante do evidente desejo da autora de obter vantagem financeira com a restituição de valores de instituições financeiras que ela não possui relação jurídica relacionada a "cartão de crédito consignado" (fls. 16/17), não há o que se falar em abalo ou sofrimento moral.

Em outras palavras, em que pese as angústias e aborrecimentos, o cenário traçado pela demandante encontra-se fora da órbita do dano moral indenizável, conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho: "*Só deve ser reputado como dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause 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*

Acesso ao Sumário

ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos." (***in* Programa de Responsabilidade Civil, Sergio Cavalieri Filho, 14º edição, São Paulo: Atlas, 2.020, p. 103**).

Assim, é a jurisprudência do STJ: "*O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade.*" (**REsp nº 202.564-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 02/08/2001, STJ**).

Por derradeiro, mantido o ônus sucumbencial tal como definido pela r. Sentença hostilizada, ficam as partes advertidas de que a interposição de recurso infundado ou meramente protelatório acarretará pena de multa, nos termos do art. 1026, § 2° do CPC.

Ademais, considera-se pré-questionada a matéria ventilada no recurso, sendo desnecessária a indicação expressa dos dispositivos legais, conforme entendimento consolidado do E. Superior Tribunal de Justiça (**AgRg no REsp. nº 1470626/PE, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 01/03/2016, STJ**).

3. Pelo que, diante de tais circunstâncias, em sendo este o entendimento dos demais, **VOTO** pelo **NÃO PROVIMENTO** do recurso. Sem prejuízo, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro para R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em favor do patrono do recorrido, observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004607-90.2021.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante IVAN FABIO DE OLIVEIRA ZURITA, é apelado GINO BOLOGNESI PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente: Adv. Guilherme Tambarussi Bozzo (OAB/SP nº 315.720) e Adv. Dr. Henrique Curriel (OAB/SP 379.130). Indicado para Jurisprudência.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.652)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de janeiro de 2023.
FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Notificação Judicial e protesto contra alienação de bens – Notificação deferida – Apelante que insiste na averbação na matrícula da indisponibilidade de bens imóveis ou da existência de duas demandas ajuizadas por si – Descabimento – A notificada não figura como parte em qualquer das duas demandas enfocada, não tendo o apelante, nem mesmo, postulado o reconhecimento da invalidade ou a extinção dos efeitos das alienações dos imóveis enfocados – Demandas sem conteúdo real ou reipersecutório, de natureza puramente pessoal, o que o pleito de averbação deixa sem efetivo respaldo – Potencial repercussão de eventuais indenizações somente sobre patrimônio dos demandados, não sendo anunciada, também, fraude contra credores – Sentença mantida – Litigância de má-fé não configurada – Apelo desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Araras, que, em sede de *"notificação judicial e protesto contra alienação de bens"*, cumprida a finalidade da notificação *"e impossibilitada a averbação na forma pretendida"*, determinou-se o aguardo, em cartório, para extração de cópias, previsto o arquivamento dos autos após o decurso do prazo de trinta dias (fls. 302/306).

O apelante sustenta, de início, que a ação de reconhecimento e dissolução de sociedade ajuizada por si próprio contra os vendedores dos imóveis em pauta (Processo 1015377-89.2017.8.26.0004) ostenta natureza declaratória e, portanto, tem efeitos "ex tunc", podendo afetar diretamente os atos de disposição sobre tais bens, que era da sociedade vendedora. Argumenta, ademais, que eventual conversão dos direitos alegados em obrigação de indenizar, justificam o protesto contra alienação de bens, enfatizando que que os imóveis foram dados em pagamento, *"como única forma de extinguirem-se os gravames que pendiam sobre eles e possibilitar a sua transferência, de forma válida e eficaz, à São José Desenvolvimento Imobiliário 75 Ltda. (empresa que vendeu o imóvel à Apelada, da qual o Apelante participa)"*. Argumenta, então, que, apesar de não haver previsão expressa de averbação da existência de ações de reconhecimento e dissolução de sociedade (Processo 1015377-89.2017.8.26.0004) e de indeni-

Acesso ao Sumário

zação por danos materiais e morais (Processo 1001538-84.2020.8.26.0038) nas matrículas respectivas, a medida pode ser deferida, com base no poder geral de cautela do juiz. Invocando o disposto nos artigos 726, § 2º e 728, inciso II do CPC de 2015, ressalta, nesse ponto, que o sistema processual vigente admitiu expressamente as medidas de notificação judicial e protesto contra alienação de bens como medidas de jurisdição voluntária e que, *"tais procedimentos, sem caráter litigioso, visam apenas comunicar fatos e ressalvar/resguardar direitos futuros, inclusive para que se evitem prejuízos a terceiros"*. Aduz, então, que o protesto contra alienação de bens conta com a possibilidade de averbação da existência do processo e direitos na matrícula de imóveis, conforme a jurisprudência já consolidada e que *"tal medida se faz essencial no presente caso, para que seja possível a averbação dos direitos do Apelante, no imóvel da matrícula nº 54.139, do CRI de Araras – SP, tendo em vista haver possível risco de prejuízo, ante as condutas de alienação realizadas pela Apelada, que podem caracterizar danos em face do primeiro e de terceiros"*. Alega que se seu direito for reconhecido na ação de reconhecimento e dissolução de sociedade, *"eventuais terceiros que venham a adquirir os lotes, que integram o imóvel que a Apelada pretende alienar, podem ser prejudicados, já que este jamais poderia ter sido vendido a esta última"*. Destaca, por outro lado, que os procedimentos de jurisdição voluntária, elencadas no vigente CPC não estão elencados de maneira exaustiva. Sustenta que a averbação pretendida não causará nenhum gravame à apelada, visto que não obsta a alienação dos bens imóveis, mas apenas resguarda *"os direitos desse último e de terceiros que venham a contratar com a primeira"*. Finaliza, requerendo a reforma da sentença, para que sejam deferidas as *"medidas de jurisdição voluntária requeridas na origem, a saber: a) o protesto contra alienação do imóvel da matrícula de nº 54.139, do CRI de Araras – SP, autorizando, ainda, a averbação da indisponibilidade no registro, em face dos direitos do Apelante, oriundos dos processos de nº 1015377-89.2017.8.26.0004 e nº 1001538-84.2020.8.26.0038, conforme autoriza o art. 728, inc. II, do CPC; b) subsidiariamente, caso não acolhido o pedido supra, que ao menos seja deferida a averbação, na matrícula do imóvel, da existência dos processos nº 1015377-89.2017.8.26.0004 e nº 1001538-84.2020.8.26.0038"* (fls. 309/319).

Em contrarrazões, a apelada requer o desprovimento do apelo, com a condenação do apelante por litigância de má-fé (fls. 331/364).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 368).

É o relatório.

Na petição inicial ajuizada, da presente *"notificação judicial e protesto contra alienação de bens c.c. pedido de averbação da medida na matrícula de imóvel"*, o requerente postula a notificação da sociedade requerida da existência de demandas ajuizadas e capazes de implicar em responsabilidade civil de enfocada sociedade, bem como que seja promovida averbação correspon-

Acesso ao Sumário

dente na matrícula dos imóveis enfocados. Reporta ter ajuizado duas ações, as quais tramitam perante o r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araras, requerendo o reconhecimento de sociedade e sua dissolução diante de Alberto Jorge Filho, Mauro Cunha Silvestri e São José Desenvolvimento Imobiliário 75 Ltda (Processo 1015377-89.2017.8.26.0004) e indenização em razão da *"destruição ilícita"* de construção residencial de sua propriedade (Processo 1001538-84.2020.8.26.0038). Esclarece que a área na qual se encontrava construída sua residência foi desmembrada em lotes, muito embora essa área tivesse sido objeto de acordo entre os sócios para que fosse mantida como reservada ao próprio notificante. Acrescenta que a notificada adquiriu referida área e concluiu o empreendimento descrito na petição inicial, motivo pelo qual, em seu entender, por *"sucessão derivada do contrato"*, ela é responsável perante o notificante. Finaliza, requerendo (i) *"a cientificação da Notificada, para que tome ciência dos fatos ora aduzidos e das possíveis implicações de responsabilização civil, em face das suas condutas, devendo se abster de, por ela ou por qualquer empresa ou pessoa ligada, realizar qualquer atividade que tenha por objeto a celebração de negócios jurídicos envolvendo o Loteamento Vista Araras, ou desfazer qualquer ato jurídico ou negócio já realizado, sob pena de futuras ações judiciais, buscando perdas e danos ";* (ii) seja deferido *"o protesto contra alienação do imóvel da matrícula de nº 54.139, do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca de Araras – SP, autorizando, ainda, a averbação da indisponibilidade no registro, em face dos direitos do Notificante, oriundos dos processos de nº 1015377-89.2017.8.26.0004 e nº 1001538-84.2020.8.26.0038, conforme autoriza o art. 728, inc. II, do CPC";* (iii) *"subsidiariamente, caso não acolhido o pedido supra, que ao menos seja deferida a averbação, na matrícula do imóvel, da existência dos processos nº 1015377-89.2017.8.26.0004 e nº 1001538-84.2020.8.26.0038"* (fls. 01/08).

Esta Câmara Reservada, em julgamento realizado em 17 de dezembro de 2021, dando provimento a agravo interposto pelo ora apelante (autor), reconheceu a desnecessidade de emenda à petição inicial determinada em primeira instância (fls. 78 e 277/283).

A notificada, comparecendo espontaneamente ao processo, anuncia, inicialmente, não ser parte nos processos indicados pelo notificante, explicando que enfocadas demandas não têm o condão de causar prejuízos a si mesma ou a terceiros compradores, pois *"são de caráter pessoal e promovidas em face da São José Desenvolvimento Imobiliário 75 Ltda. e seus respectivos sócios, ou seja, não são ações que a Notificada é demandada (ou seja, não é ré nestes processos). Portanto, qualquer que seja o resultado das lides, a Notificada, o imóvel loteado (M. 54.139) ou os terceiros compradores de lotes, não sofrerão nenhuma consequência, tendo em vista a ausência de relação jurídica entre as partes"*. Finaliza, requerendo seja indeferida a ordem de protesto judicial ou de

indisponibilidade de enfocado bem imóvel, propondo a condenação do notificante por litigância de má-fé, *"uma vez que ele age de forma temerária, alterando os fatos em juízo e fora dele, buscando, de forma completamente reprovável, a averbação de protesto judicial no bojo da matrícula mãe do empreendimento Jardim Vista Araras (M. 54.139), sendo certo, que tal ordem é inexistente nos autos"* (fls. 118/147).

A sentença proferida, repete-se, considerando cumprida a finalidade da notificação *"e impossibilitada a averbação na forma pretendida"*, determinou sejam mantidos os autos em cartório, no aguardo da atuação das partes, *"para extração de cópias, arquivando-se após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias"*.

E, irresignado, o apelante insiste seja promovida averbação para a salvaguarda de seus alegados direitos quanto ao *"imóvel da matrícula nº 54.139, do CRI de Araras – SP, tendo em vista haver possível risco de prejuízo, ante as condutas de alienação realizadas pela Apelada, que podem caracterizar danos em face do primeiro [próprio apelante] e de terceiros"*.

O recurso, porém, não comporta provimento.

O apelante, repete-se, pretende notificar a apelada e promover sua cientificação formal acerca de fatos aduzidos por si próprio e remissivos a antecedentes ações de reconhecimento e dissolução de sociedade (Processo 1015377-89.2017.8.26.0004) e indenizatória (Processo 1001538-84.2020.8.26.0038), ambas em trâmite perante o r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araras, bem como *"protestar os direitos que o Agravante detém nos referidos processos, sobre o imóvel da matrícula nº 54.139, do CRI de Araras SP, com a devida averbação da medida na matrícula do bem, como preconiza o art. 726, do CPC e a jurisprudência de nossos tribunais "*.

Conforme asseverado no acórdão proferido no agravo anterior, o pleito formulado, portanto, remete ao procedimento especial previsto entre os artigos 726 e 729 do CPC de 2015, para o qual não há previsão de que seja proferida uma sentença de mérito (AI 2213856-81.2021.8.26.0000).

Ressalta-se que, em se tratando de um protesto judicial, não há mérito para ser analisado, dado estar o procedimento encerrado com a simples entrega dos autos à parte requerente, sem uma avaliação judicial com respeito ao conteúdo das alegações aduzidas.

Com efeito, não se pode ignorar que a finalidade precípua do pedido é conservar ou preservar os direitos subjetivos alegados, que não foram e não estão sendo submetidos a uma imediata confirmação judicial, seja perante o Juízo de origem, seja perante esta Corte.

Assinala-se o fato de não se tratar de uma medida puramente cautelar, exercida jurisdição voluntária, não havendo uma ação principal para ser proposta, o que afasta a incidência do artigo 61 do CPC de 2015. É desejada uma pu-

Acesso ao Sumário

blicidade ampla, para ser operada no foro da situação da coisa, propondo a parte recorrente, como consequência final, uma potencial vulneração de seu interesse quanto a um bem imóvel, o que, mesmo que por analogia, remete ao artigo 47, "caput" do diploma processual vigente.

Essa publicidade já atingiu a ora apelada, que, espontaneamente, compareceu aos autos e, cumprido o rito processual específico, cumpriu com seu escopo primário.

Não é possível, porém, a pretendida averbação de indisponibilidade ou da existência das enfocadas ações na matrícula respectiva porque a apelada não é parte naquelas duas demandas em trâmite. Nas ações de reconhecimento e dissolução de sociedade e indenizatória ajuizadas, o apelante deseja o reconhecimento da manutenção de uma sociedade em comum, tal qual prevista nos artigos 986 a 989 do Código Civil de 2002, e a condenação dos réus ao pagamento de indenização em virtude de demolição de edificação alegadamente inautorizada e indevida, postulado o ressarcimento de danos derivados de ato ilícito.

Na ação de reconhecimento e dissolução de sociedade, o apelante formula, de início, *"seja declarada a existência de sociedade de fato"* com os réus e para que a São José Desenvolvimento Imobiliário 75 Ltda seja condenada a comprovar o arquivamento de acordo de acionistas, bem como para que os corréus Alberto e Mauro sejam condenados na obrigação de regularizar o contrato social, *"com a formalização da cessão e transferência das 75 (setenta e cinco) quotas ao Autor ou a pessoa por ele indicada"*. Pleiteia, ainda, que os réus sejam condenados a prestar contas de todas as atividades desenvolvidas pela enfocada sociedade, com os respectivos custos e gastos, apresentando os comprovantes devidos, além de relatórios administrativos de vendas dos lotes, reportando as importâncias recebidas e, por fim, sejam os réus condenados a distribuir ao autor o percentual que teria direito em razão do disposto no enfocado acordo de acionistas (Processo 1015377-89.2017.8.26.0004).

Na ação indenizatória enfocada, por outro lado, o apelante requer sejam os réus condenados a ressarcirem danos materiais e morais em decorrência de demolição de imóvel qualificado como bem de valor artístico, estético e histórico, propondo seja, inclusive, expedida comunicação ao Ministério Público (Processo 1001538-84.2020.8.26.0038).

Conforme foi destacado na sentença, nessas demandas, porém, não foi incluído um pedido tendente ao reconhecimento da invalidade ou à extinção dos efeitos das alienações anunciadas no presente feito, não se cogitando do retorno ao "status quo ante", o que implicaria em repercussão no imóvel enfocado.

Destarte, eventual procedência daquelas demandas conferirá ao apelante, na qualidade de autor, uma indenização, cujo pagamento deverá ser suportado pelos réus lá indicados, com eventual atingimento do patrimônio destas mesmas

Acesso ao Sumário

pessoas, ausente qualquer repercussão no patrimônio da apelada, ainda mais porque não é alegada fraude contra credores.

Cabe acrescentar, ainda, que os réus daquelas demandas não firmaram contratos de venda e compra com a apelada, mas, isso sim, com pessoas jurídicas, para as quais o próprio apelante conferiu o domínio dos imóveis em pagamento de dívidas. A alienação para a própria apelada notificada ocorreu num momento posterior, seguindo-se, também, a fusão de matrículas e a unificação de unidades imobiliárias (fls. 30/31, 58 e 71).

O pleito de averbação, portanto, como o exposto em primeira instância, remete a demandas sem conteúdo real ou reipersecutório, de natureza puramente pessoal, o que o deixa sem efetivo respaldo. Os direitos reais incidentes sobre os imóveis enfocados, simplesmente, não podem ser atingidos pelo resultado de tais demandas, o que torna inviável um ato de registro, de nada servindo o acautelamento proposto.

É certo que o protesto contra a alienação de bens constitui uma *"medida destinada a comprovar ou documentar uma manifestação formal de vontade do promovente, o qual busca, por meio de referido procedimento, comunicar a terceiros interessados sua intenção de fazer atuar no mundo jurídico uma determinada pretensão, mas não acrescenta nem diminui direitos do promovente ou influencia diretamente as relações jurídicas que possua com terceiros"*, produzindo uma averbação a expansão de sua publicidade (STJ, REsp n. 1.758.858/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/5/2020, DJe de 25/5/2020), mas para que esta averbação possa ser ordenada é preciso que o autor alegue, concretamente, possuir direitos sobre o imóvel respectivo, o que, na espécie, inocorre.

Nenhum reparo, portanto, merece a sentença apelada.

Anota-se, outrossim, não estar caracterizada a litigância de má-fé, visto não ser vislumbrada qualquer espécie de conduta processual anômala e maliciosa da parte recorrente, não havendo enquadramento no artigo 80 do CPC de 2015. Houve a utilização dos instrumentos processuais inseridos na legislação vigente, com a exposição de argumentos e a defesa de interesses em Juízo, sem que a imposição de qualquer sanção seja cabível.

Nega-se, por isso, provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001683-75.2022.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante/apelado

Acesso ao Sumário

RODRIGO SANCHES, é apelado/apelante ITAPEVA XI MULTICARTEIRA FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO-PADRONIZADOS.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.193)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2023.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de indenização por danos morais – Inscrição negativa – Sentença de parcial procedência, fixando-se indenização por danos morais no importe de R$ 7.500,00 – Recurso do réu – Pretensão que visa ao afastamento da indenização – Não acolhimento – Débito ora cobrado que fora objeto de pretérita ação judicial, na qual fora declarado inexigível – Anotação negativa feita de forma irregular pelo réu – Danos morais configurados, in re ipsa – Recurso do autor – Pretensão que visa à majoração da verba indenizatória – Não acolhimento – Indenização arbitrada em R$ 7.500,00 – Quantum que se mostra proporcional e razoável – Sentença mantida – Recursos do autor e do réu desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 617/620, proferida pelo MM. Juiz de Direito Paulo Luis Aparecido Treviso, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais ajuizada pelo apelante/apelado **RODRIGO SANCHES** em face do apelante/apelado **ITAPEVA XI MULTICARTEIRA FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO-PADRONIZADOS.**

Sustenta o autor, em síntese, que teve seu nome inscrito no rol de inadimplentes pelo réu. Aduz que a anotação negativa é irregular, causando-lhe danos morais. Pugna pela majoração da verba indenizatória para R$ 15 mil. Requer o provimento de seu recurso a fim de que a r. sentença seja reformada (fls. 623/628).

Acesso ao Sumário

O réu, por sua vez, a cobrança realizada no nome do autor refere-se à contrato de cartão de crédito outrora firmado com o banco Santander. Aduz que o referido crédito lhe fora cedido pela casa bancária. Informa que notificou o autor da cessão de crédito. No mais, alega que o autor não sofreu danos morais, pugnando pelo afastamento da indenização respectiva. Em tese subsidiária, pugna pela redução da verba indenizatória fixada na r. sentença. Requer o provimento do recurso a fim de que a r. sentença seja reformada (fls. 631/649).

Recursos tempestivos, preparados (fls. 629/630 e 650/651) e respondidos (fls. 655/662).

É o relatório.

Trata-se de indenização por danos morais, na qual autor aduz que seu nome fora incluído no rol de inadimplentes pela ré por débito que desconhece.

Sentenciado o feito, o MM. Juízo julgou parcialmente procedente a pretensão autoral. Contra tal *decisum* recorrem ambas as partes.

Pois bem.

No caso, é incontroverso que o autor sofreu anotação negativa pela ré. Ademais, assim é o que se observa das fls. 23.

Muito embora o réu sustente a legalidade da cobrança, observa-se que o débito ora em discussão já fora declarado inexigível em pretérita ação judicial ajuizada pelo autor em face dos credores originários (processo n. 0013293-96.2018, fls. 540/543 e 561/568).

Ora, não havendo qualquer débito da parte autora em favor da parte ré, notadamente pela inexigibilidade outrora declarada judicialmente, tem-se que a anotação negativa não se mostra regular, pois ausente lastro entre as partes.

Assim, mostra-se correta a fixação de indenização por danos morais em favor do autor, vez que configurados os danos a sua imagem, *in re ipsa.*

No que se refere ao *quantum* arbitrado pelo MM. Juízo, não se vislumbra qualquer reparo.

Como se sabe, perante o ordenamento jurídico pátrio, o valor da indenização por danos morais é feito por arbitramento judicial, sendo de natureza compensatória e não reparatória. Na determinação do valor, devem ser levadas em conta a condição econômica das partes, a extensão e gravidade dos danos e, ainda, a intensidade de culpa do ofensor. O valor deve ainda ser suficiente para desestimular a reincidência.

Assim, levando-se em conta as diretrizes outrora apontadas, bem como a dinâmica narrada nos autos, tem-se por ajustado o valor da indenização fixado na r. sentença no importe de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), vez que se assemelha ao que vem sendo arbitrado por essa C. Câmara em casos semelhantes, além de atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Acesso ao Sumário

Nesse cenário, tem-se que a r. sentença não comporta reforma, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1002119-45.2021.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é apelante GALLERIA FINANÇAS SECURITIZADORA S/A, é apelada RENATA SANTOS NOGUEIRA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.". Sustentaram oralmente os advogados João Raphael Plese de Oliveira Neves OAB/SP 297.259 e Danilo Alves Baptista da Matta OAB/SP 423.883", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.171)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELÓI ESTEVÃO TROLY (Presidente) e JAIRO BRAZIL.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2023

RAMON MATEO JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS – Pretensão de anulação de contratos coligados firmados entre as partes, sob o argumento de que as rés realizaram engenhoso esquema financeiro com o objetivo de lesar a autora – Procedência, para o fim de anular os contratos coligados, a cessão de crédito operada entre BMP e Galleria e o contrato de fiança entabulado entre CNBANK e O&B, em virtude de dolo, retornando, por consequência, as partes ao status quo ante, nos termos do artigo 182 do Código Civil, devendo a autora restituir a quantia recebida em favor da requerida O&B, com correção monetária e juros de mora – Apelo da ré Galleria – Provas oral e documental realizadas nos autos que são suficientes para comprovar, nos termos do artigo 373, inciso I , do CPC, o fato constitutivo do direito da autora, ao ficar demonstrado o esquema financeiro engendrado pelas rés para lesar a au-

Acesso ao Sumário

tora – Anulação corretamente determinada – Alegada invalidade da prova testemunhal, por suspeição, que não interfere no julgamento, pois essa não foi a única prova ou a prova específica para constatar a veracidade das alegações autorais Pretensão da apelante à devolução dos R$ 900.000,00 recebidos pela O&B decorrentes do empréstimo, que não merece acolhimento, ante a anulação do negócio jurídico, por simulação, cabendo à apelante, caso se sinta prejudicada, ressarcir-se em ação própria, posto que nesta demanda foram satisfeitos os pedidos formulados pela autora, ressalvando-se que não há pedido reconvencional nesse sentido – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 890/897, que julgou procedente a ação declaratória de nulidade de negócios jurídicos que RENATA SANTOS NOGUEIRA ajuizou em face de BMP MONEY PLUS SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A., O&B APOIO ADMINISTRATIVO LTDA. ME, CN BANK – CENTRO NORTE BANK e GALLERIA FINANÇAS SECURITIZADORA S.A., para o fim de anular os contratos coligados de fls. 15/31 , 48/50, 51/56, a cessão de crédito operada entre BMP e Galleria de fls. 349/354 e o contrato de fiança entabulado entre CNBANK e O&B, cuja carta está às fls. 79/82, em virtude de dolo, retornando, por consequência, as partes ao *status quo ante*, nos termos do artigo 182 do Código Civil, devendo a parte autora, inclusive, proceder à restituição da quantia recebida às fls. 579 em favor da requerida O&B, com correção monetária pela tabela prática do TJSP, a partir do recebimento, e com juros moratórios de um por cento ao mês, a partir da intimação da sentença. As requeridas foram condenadas ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor dado à causa, pro rata.

Apresentou a requerida Galleria Finanças embargos de declaração (fls. 903/913), sendo os mesmos rejeitados (fls. 914/915).

Apela a mesma, aduzindo que, embora a autora não seja a emitente da Cédula de Crédito Bancário em questão, figurou nesta como terceira garantidora e como fiduciante no Instrumento Particular de Alienação Fiduciária. Por outro lado, a correquerida Bmp Money Plus transferiu e cedeu a ela, Galleria Finanças, todos os direitos e obrigações provenientes da Cédula de Crédito Bancário nº 2708953, mediante o "Contrato de Cessão de Créditos sem Coobrigação".

Acesso ao Sumário

Após a cessão da CCB, a emitente O&B Apoio Administrativo Ltda. ME, embora tenha recebido a integralidade do crédito, deixou de honrar com os pagamentos das parcelas estipuladas no contrato, não restando à ré alternativa senão executar as medidas expropriatórias previstas na Lei de Alienação Fiduciária. Notificou regularmente a autora, para que esta efetuasse o pagamento no prazo de 15 dias, notificação esta que retornou positiva, mas o pagamento não ocorreu, tendo a autora proposto a presente demanda. Ressalta que não há vício a macular a relação jurídica estabelecida com a requerente. As relações mantidas entre a autora e as demais corrés são totalmente alheias e desconhecidas à requerida Galleria Finanças. Sustentou a validade do negócio jurídico, que deve ser cumprido, ante a observância da força obrigatória dos contratos. Aduziu, ainda, invalidade da prova testemunhal, ante a suspeição da testemunha Rodrigo, por ser parceiro de negócios da apelada. Ressalta que, ao anular os contratos e seus acessórios, retornando as partes ao "status quo ante", a sentença determinou que a apelada restituísse a quantia recebida pela O&B, nada mencionando acerca da devolução do crédito que fora emprestado, objeto da Cédula de Crédito Bancário nº 2708953 que, por força da decisão foi declarada nula. Assim, o retorno das partes ao *status quo ante* deve englobar a restituição do valor concedido em razão da operação, e, para isso, deve ser considerado o fato de que a Apelante transferiu para a Corré BMP o valor de R$ 900.000,00 (novecentos mil reais), e que a Apelada e a empresa O&B devem restituir esse valor para a Apelante devidamente corrigido.

Com as contrarrazões (fls. 971/988), subiu o recurso a esta Corte.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Alega a autora, em síntese, que foi vítima de um golpe arquitetado pelas rés através de negócios jurídicos que envolveram as partes. A ré O&B Apoio Administrativo Ltda Me contratou empréstimo junto à demandada Bmp Money Plus Sociedade de Crédito Direto S/A, no valor de R$ 900.000,00, consubstanciado em uma Cédula de Crédito Bancário, gerando uma dívida com fluxo de pagamento com juros e encargos no valor de R$ 1.947.001,34. A requerente figurou como garantidora do crédito concedido, por meio de celebração de pacto acessório de fiança, dando em garantia bem imóvel avaliado em R$ 2.805.000,00. Como contrapartida financeira, receberia um 'aluguel fiança', que foi formalizado por meio de um contrato de arrendamento imobiliário entre a autora e a ré O&B Apoio Administrativo Ltda Me. Foi, ainda, firmado contrato de alienação fiduciária, tendo como objeto o referido imóvel, e como partes a requerente e as rés Bmp Money Plus Sociedade de Crédito Direto S/A e O&B Apoio Administrativo Ltda Me. A autora estaria assegurada com a operação financeira porque haveria um seguro fiança contratado, do qual a requerente seria beneficiária, resguardando o seu imóvel oferecido em garantia. Afirma que

Acesso ao Sumário

exigiu, antes da assinatura dos contratos, o modelo do contrato de seguro fiança e, contudo, posteriormente, foi-lhe enviado documento denominado 'carta fiança', no qual constava outra empresa, a ré, Cn Bank Centro Norte Bank, sendo diverso do contrato modelo. Em meados de agosto, recebeu da requerida Cn Bank Centro Norte Bank notificação sobre o cancelamento da carta fiança, sob alegação de suposta 'quebra contratual' e, em seguida, foi notificada pelo Cartório de Registro de Imóveis de que há parcelas em atraso do contrato CCB firmado e de que, caso não seja purgada a mora, haverá transferência de seu imóvel para a requerida Galleria Finanças Securitizadora S/A, a quem a ré BMP MONEY PLUS supostamente cedeu os direitos da Cédula de Crédito Bancário, sem notificar a Requerente, garantidora da operação. O prazo para purgação da mora esgotou-se no dia 23/08/2021, sob pena de ser consolidada a propriedade o imóvel em favor da ré Galleria Finanças Securitizadora. Postulou, em tutela de urgência, que seja impedida a transferência da propriedade do imóvel objeto dado em garantia. Em tutela final, pleiteou o reconhecimento da nulidade dos negócios jurídicos e, subsidiariamente, o reconhecimento da onerosidade excessiva dos contratos firmados referidos na inicial.

Citadas, as rés apresentaram contestação, exceto a ré CN Bank Centro Norte Bank, sobrevindo a r. sentença, ora impugnada.

Tal decisão merece ser mantida.

Com efeito, da reunião das provas oral e documental realizadas nos autos são suficientes para comprovar, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o fato constitutivo do direito da autora.

As referidas provas deixaram claro que as rés engenharam um esquema financeiro no intuito de lesar a autora, que apenas aquiesceu aos termos dos contratos, por desconhecer a cilada, a encenação praticada pelas demandadas, sendo cabível a anulação dos negócios jurídicos.

Como bem ressalvado na r. sentença (fls. 894/895):

"De fato, não se olvidando que a parte autora buscava a obtenção de lucro – e nada há de ilícito com isso, desde que dentro dos moldes legais –, consoante contrato de fls. 48/50, verifico que esta somente aquiesceu aos termos contratuais tendo por pressuposto um contrato protetor por meio do qual seu patrimônio, dado em garantia para viabilizar a obtenção de empréstimo pela O&B junto à BMP, ficaria a salvo de quaisquer intercorrências.

Ocorre que, consoante a prova produzida nos autos, tal não se deu por ato voluntário das partes requeridas.

Veja-se que há algum tipo de promiscuidade entre as partes requeridas.

Como bem observado pela parte autora, os sócios da Galleria assinaram os contratos como representantes da BMP (fls. 641/642). Ademais, como asseverado pela testemunha Rodrigo em sua oitiva em juízo, O&B se apresentou

Acesso ao Sumário

como representante da Galleria, o que leva à conclusão de que, no mínimo, tais pessoas jurídicas tinham interesse comum e que integrariam, ainda que faticamente, um mesmo grupo econômico empresarial.

Há várias pessoas jurídicas distintas, mas com representantes legais ou fáticos idênticos e que trabalham em conjunto.

E não é só.

Com o escopo de angariar a confiança da parte autora, primeiramente formalizam contrato em que todos os seus termos são cumpridos, a fim de que este terceiro passe a vislumbrar estar diante de um parceiro sério. Na espécie, trata-se do primeiro contrato entabulado entre a parte autora e a BMP (fls. 543/558 e 583/598) que visava a garantir acordo entre a demandante e a O&B, cujos termos não são conhecidos nos autos, mas que certamente também implicava algum tipo de remuneração à demandante.

Num segundo momento, já existindo fidúcia entre as partes, e objetivando maximizar os ganhos, as partes demandadas – cuja promiscuidade restou patente, pois têm os mesmos representantes, agem conjuntamente (O&B se apresentou para a parte autora e testemunha Rodrigo como representante da Galleria), cedem contratos sem aferição de lucro, como demonstrado pela parte autora em sua réplica – oferecem nova possibilidade de investimento à parte autora e com maior remuneração (não à toa o valor do segundo empréstimo é maior do que o primeiro), mas com algumas nuances que não permitem ao hipossuficiente perceber o verdadeiro objetivo das pessoas jurídicas. Isso porque, nesta segunda operação, a tomadora do empréstimo não foi a parte autora, mas a requerida O&B, razão pela qual esta, aparentando proteger o patrimônio da parte demandante, firmou fiança (fls. 79/82).”

É certo que após algum tempo do início do negócio, os ônus passaram a ser apenas da autora, que não dispunha do valor emprestado e tampouco pôde firmar contrato para a devida proteção de seu patrimônio, ficando à mercê das rés, cujos representantes legais ou fáticos são os mesmos.

Assim, bastou apenas uma das requeridas deixar de honrar sua prestação para que a autora tivesse seu patrimônio colocado em risco.

Isso porque, *“enquanto O&B tem a disponibilidade da quantia emprestada pela BMP e a Galleria, cessionária de BMP, torna-se credora da alienação fiduciária entabulada para garantia do empréstimo mencionado, a parte autora aceita os riscos do negócio por causa da proteção de seu patrimônio supostamente levado a efeito pela O&B, que lhe promete pagar remunerações anuais. Isto é, O&B recebe quase R$ 900.000,00 decorrentes do empréstimo; Galleria, um imóvel de mais de R$ 2.000.000,00; parte autora, recebe R$ 135.000,00 e dispõe de seu imóvel em favor da Galleria. Qual a única pessoa que manifestamente corre sério risco de ter prejuízo, ainda mais porque, nos termos da*

Acesso ao Sumário

legislação de regência, consolidada a propriedade em favor do credor com a subsequente venda em leilão, haverá quitação ou extinção da dívida, consoante artigo 27 da Lei 9514/97?" (fl. 895)

Nota-se que houve um complô bem engendrado pelas rés, na medida em que o contrato de fiança, emitido para a proteção do imóvel da autora, foi cancelado sem maiores esclarecimentos, apenas sob o argumento de uma possível quebra contratual, sem maiores explicações, de modo que o imóvel da autora, dado em garantia ao negócio, passaria diretamente para a suposta credora (ora apelante).

Assim, o cancelamento da fiança por ato das próprias rés, aliado ao inadimplemento das parcelas da CCB, demonstram que a O&B, com o auxílio das demais partes requeridas, enganaram a parte autora, ocasionando-lhe enorme prejuízo financeiro. Por óbvio que, se a autora soubesse da intenção das rés, não teria entabulado os referidos contratos.

Como bem ressalvado na r. sentença (fl. 896, com grifo nosso):

"*Com o cancelamento da fiança e o inadimplemento das prestações da cédula de crédito, a O&B aufere pelo menos R$ 700.000,00 (descontados os encargos do empréstimo e o pagamento da remuneração em favor da parte autora); Galleria pode consolidar a propriedade do imóvel em seu favor, com a subsequente venda em leilão e quitação legal da dívida;* ***a parte autora, que visava aferir lucro, tem prejuízo superior a R$2.000.000,00.*** *(...)*

E o engenho das requeridas consistiu na segmentação das relações jurídicas, a fim de tentar isolar os contratos tal como se não fossem coligados, de modo a tentar preservá-los ante eventual impugnação perante o Poder Judiciário. Todavia, havendo demonstração de atuação conjunta, não vinga a tese defensiva, ainda mais porque jamais as requeridas tiveram intenção de cumprir as obrigações contratuais que lhes cabiam."

Desta forma, pelas provas coligidas aos autos, se constata o engodo praticado pelas rés, sendo a autora nele envolvida, hipótese passível de anulação dos negócios jurídicos havidos entre elas, levando as partes a retornar ao *status quo ante*, nos termos do artigo 182 do Código Civil.

Ressalte-se que a apelante alega invalidade da prova testemunhal da pessoa de Rodrigo, alegando suspeição, por ser parceiro de negócios da autora.

No entanto, a oitiva dessa testemunha não foi a única prova ou a prova específica para se constatar a veracidade das alegações autorais, de modo que não interfere no resultado do julgamento.

Por fim, a apelante aponta omissão no julgado acerca da devolução dos R$900.000,00 recebidos pela O&B decorrentes do empréstimo, objeto da Cédula de Crédito Bancário nº 2708953.

No entanto, anulado tal negócio jurídico, por simulação entre as partes

Acesso ao Sumário

requeridas, a apelante, caso se sinta prejudicada, deverá buscar o ressarcimento dessa quantia em ação própria, posto que nesta demanda, foram satisfeitos os pedidos formulados pela autora, ressalvando-se que não há pedido reconvencional.

Assim, a r. sentença está correta e deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, sendo majorada a verba honorária para 15% do valor da causa, em aplicação ao disposto no art. 85, § 11º do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002304-67.2022.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante JOÃO PEREIRA DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.719)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e AFONSO CELSO DA SILVA.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2023.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO REVISIONAL – Contratos Bancários – Cédula de Crédito Bancário – Empréstimo pessoal – Sentença de improcedência – Seguro – Admissibilidade da cobrança, nos termos decididos no Recurso Especial nº 1.639.320-SP – Cláusula que indica facultatividade da contratação – Contratação eletrônica, com utilização de cartão e senha pessoais – Autor que não exerceu seu direito de arrependimento, conforme cláusula expressa – Ausência de prova de vício de consentimento – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

A Douta Magistrada a quo, ao proferir a r. sentença de fls. 110/112, cujo relatório adoto, julgou a *"AÇÃO DECLARATÓRIA C.C REPETIÇÃO DO INDÉBITO"* interposta por *JOÃO PEREIRA DE LIMA* em face de *BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A*, nos seguintes termos: *"Isto posto e pelo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE A AÇÃO, e condeno a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa, observada a suspensão da exigibilidade desta condenação em virtude da gratuidade da justiça deferida. PRIC."*.

Insurgência recursal da autora (fls. 117/125). Impugna a cobrança da tarifa de seguro. Defende a ocorrência de venda casada. Requer o provimento do recurso, a fim de que a ação seja julgada procedente, com a consequente declaração de nulidade da referida tarifa, bem como condenação do réu ao pagamento da repetição do indébito, em dobro.

Contrarrazões da ré, às fls. 129/135.

Subiram os autos para julgamento.

É o Relatório.

Exercido o juízo de admissibilidade em cumprimento ao disposto no art. 1.010, § 3º do CPC, vale consignar que o presente recurso é tempestivo e está dispensado do recolhimento do preparo.

Destaco, ademais, que esta Decisão Colegiada se limita a apreciar a matéria efetivamente impugnada, em conformidade com o teor do art. 1.013, caput, do CPC.

Trata-se de "AÇÃO DECLARATÓRIA C.C REPETIÇÃO DO INDÉBITO" interposta por JOÃO PEREIRA DE LIMA em face de BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A, alegando, em resumo, que firmou contrato de financiamento, todavia, o réu lhe impôs indevidamente a tarifa de seguro prestamista. Postulou a repetição do indébito em dobro.

Contestação ofertada, às fls. 68/79.

Réplica, às fls. 100/103.

Sobreveio a r. sentença de improcedência.

Pois bem.

Aplicam-se, ao presente caso, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o autor contratou serviços como destinatário final (art. 2º, *caput*, CDC).

Ademais, o CDC se aplica às Instituições Financeiras, conforme estabelece a Súmula 297, do Superior Tribunal de Justiça: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"*.

Acesso ao Sumário

Quanto ao **seguro**, em análise do recurso repetitivo, Tema 0972 – REsp 1.639.259, o C. STJ fixou a seguinte tese para os fins do art. 1040 do CPC/2015:

"(...) 2.2 ***Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.*** (g.n.)

No presente caso, verifico que o autor contratou empréstimo pessoal, por meio eletrônico, e, no momento da contratação, aderiu ao seguro prestamista.

Em que pese o alegado em peça inaugural, não há comprovação nos autos de que o autor fora compelido ou coagido a contratar o seguro em questão, sobretudo em razão das cláusulas que compõe o contrato:

"O IOF E ***O SEGURO SE HOUVER****, FORAM FINANCIADOS, COMPOEM O CET, E ESTAO INCORPORADOS A PARCELA. JUROS: METODOLOGIA PRICE E CAPITALIZACAO MENSAL A PARTIR DA CONTRATACAO."*

*"****Declaro-me ciente*** *de que: – As parcelas deste emprestimo nao estao consignadas em minha folha de pagamento. –* ***Esta operacao foi contratada com Seguro Prestamista****, que abrange cobertura basica de morte e invalidez permanente total por acidente. Inicio de vigencia a partir das 24 horas da contratacao da operacao de credito ate o termino do emprestimo.".* (g.n. – fls. 13/19)

Além do mais, a contratação ocorreu por meio eletrônico, autenticada por cartão e senha pessoais, a qual possibilitava a desistência dentro de 7 dias:

"ATENCAO: Voce acabou de contratar, por meio eletronico, um emprestimo – credito pessoal não consignado e ***pode desistir desta operacao em ate 7 dias****, contados do dia subsequente a data da contratacao, mediante a devolucao integral para o Banco do valor liquido do emprestimo.".* (g.n.)

Todavia, não se verifica nenhuma ressalva ou prática de algum ato discordando da contratação, nem mesmo ao longo da execução do contrato o autor alegou ou comprovou ter feito alguma reclamação ou, ainda, exercido o direito de arrependimento.

Acesso ao Sumário

Considerando que houve expressa anuência à contratação, reputa-se válida a cobrança do seguro.

Nesse sentido:

BANCÁRIOS – Ação declaratória c/c repetição de indébito – Contratos de empréstimo e de renovações firmados entre 16/06/2016 e 16/01/2017 – Sentença de improcedência – Pedido de indenização por danos morais – Inovação recursal – Questão não conhecida – Seguro Prestamista – Adesão por meio eletrônico – Ausência de vício – Tese 2.2, firmada no REsp repetitivo nº 1.639.320/SP – Validade da contratação e cobrança – Sentença mantida – Recurso desprovido, na parte conhecida (TJ/SP,

Apelação Cível nº 1002360-74.2022.8.26.0597, Relator(a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, Comarca: Sertãozinho, Órgão julgador: 37ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 31/10/2022)

Assim, diante das peculiaridades do caso em tela, aliada ao conjunto probatório acostado aos autos, é de rigor a mantença da r. sentença, ficando ratificados *in totum* os seus fundamentos, eis que suficientemente motivada.

Tendo em vista o desprovimento do apelo, majoro os honorários devidos ao patrono da ré para 15% do valor dado à causa, devidamente atualizado pela Tabela Prática deste E. TJ/SP, nos termos do art. 85, § 11 do CPC, observando-se a gratuidade concedida ao autor.

Por estes fundamentos, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009145-98.2022.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante COOPERATIVA DE CRÉDITO DE LIVRE ADMISSÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO SICOOB PAULISTA, é apelada CRISTINA GUIMARÃES 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 provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.377)**

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

São Paulo, 23 de fevereiro de 2023.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Embargos de Terceiro. Penhora sobre os direitos de bem imóvel. Bem de família. Ônus sucumbenciais. Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios. Inteligência da Súmula nº 303 do STJ. Hipótese em que é inviável se considerar que foi a embargada quem deu causa à constrição indevida do imóvel. Inexistência de qualquer indicação na matrícula do imóvel acerca da impenhorabilidade

Acesso ao Sumário

do bem, de modo que a embargada não tinha mesmo como aferir a existência da qualidade de bem de família. Embargada que, ademais, não opôs resistência ao levantamento da penhora. Hipótese em que, diante do quadro que se apresenta nos autos, especialmente o fato de não constar anotação na matrícula de que o imóvel era bem de família, a solução que se impõe é de se atribuir a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais à embargante, vez que foi ela quem deu causa ao ajuizamento da ação, em face de sua omissão ou negligência. Sentença reformada nesse ponto. Recurso Provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida às fls.146/149 que, nos embargos de terceiro nº 1009145-98.2022.8.26.0032, julgou procedente o pedido nos seguintes termos: *"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os presentes embargos de terceiro, para o fim de determinar a desconstituição da penhora incidente sobre os direitos do bem imóvel especificado na peça inicial, tornando, por conseguinte, insubsistente o auto de penhora levado a efeito à fl. 288 dos autos principais. No mais, declaro extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC. Por força do princípio da sucumbência, condeno a embargada ao pagamento das custas e despesas processuais, atualizadas desde o desembolso, e honorários advocatícios, que fixo em 10 % do valor atualizado da causa (CPC, art. 85, § 2º)".*

Inconformado, o embargado recorreu.

Sustenta, em síntese, que *(i) "deve ser constatado que a apelada interpôs a presente ação de embargos de terceiro de maneira totalmente desnecessária, atolando o poder judiciário e prejudicando a sua celeridade processual; (ii) todo o emaranhado alegado pela apelada poderia facilmente ser resolvido através de uma simples petição nos autos principais, onde teria colocado fim nesse imbróglio de maneira muito mais célere; (iii) em momento algum a apelante deu causa a ação de embargos de terceiros, dado que qualquer alegação de impenhorabilidade poderia ser alegada diretamente nos autos da execução; (iv) a apelante não tinha como ter conhecimento que o imóvel era bem de família, visto que não consta na matrícula nenhuma informação neste sentido, bem como o imóvel não é gravado com a cláusula de impenhorabilidade; (v) a apelada em nenhum momento debateu nos autos principais o estado de impenhorabilidade e bem de família do imóvel em questão, comprovando com isso, que a apelante não tinha como saber que o imóvel era impenhorável, pois tal fato fora alegado*

Acesso ao Sumário

apenas após a efetivação da penhora; (vi) Pelo fato da apelante não resistir ao pedido principal, não ter dado causa aos embargos de terceiro, bem como sendo o presente procedimento algo desnecessário, dado que tudo seria resolvido com apenas uma petição simples nos autos principais, mesmo a apelada não sendo parte, a sentença " a quo" deve ser reformulada, com a NÃO condenação em honorários advocatícios de sucumbência, devendo a apelada ser condenada em tais verbas".

Pugna pela reforma da sentença para modificação do ônus de sucumbência.

Contrarrazões juntada às fls. 163/166.

Recurso tempestivo, regularmente processado e acompanhado das custas de preparo (fl.158).

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.

O recurso interposto pelo embargado versa unicamente sobre o ônus de sucumbência.

A sentença proferida pelo douto magistrado de piso reconheceu a impenhorabilidade do imóvel objeto de constrição judicial e determinou a desconstituição da penhora incidente sobre os direitos do bem. Ainda, condenou o embargado ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

O apelante sustenta que não havia qualquer informação acerca da impenhorabilidade do bem e não tinha conhecimento de que o imóvel era considerado bem de família. Afirma que não deu causa aos embargos de terceiro.

Razão assiste ao embargado/apelante.

Dispõe a Súmula nº 303 do Colendo STJ: *"Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".*

Ora, na espécie, inviável se considerar que foi a embargada quem deu causa à constrição indevida do imóvel. A penhora recaiu sobre os direitos do imóvel de matrícula nº 75.925, cuja propriedade é da embargante Cristina Guimarães da Silva em condomínio com seu cônjuge Wagner Luiz da Silva, ora executado nos autos do processo nº1011111-67.2020.8.26.0032.

Como se vê, não havia qualquer indicação na matrícula do imóvel acerca da impenhorabilidade do bem, de modo que a embargada não tinha mesmo como aferir a existência da qualidade de bem de família.

Ademais, a embargada não opôs qualquer resistência ao levantamento

Acesso ao Sumário

da penhora. De tal sorte, não podem os ônus sucumbenciais ser carreados à embargada.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo STJ: *"se a impenhorabilidade de bem de família pode ser alegada em simples petição nos autos, a desnecessária oposição de embargos não acarreta a condenação do embargado ao pagamento da verba sucumbencial, se este de pronto concorda com o levantamento da constrição" (STJ; Ag Rg no REsp nº 844766/ DF; Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros; julgado em 12 /02 /2008).*

Confira-se, ainda, a jurisprudência deste Egrégio TJSP: *"EMBARGOS DE TERCEIRO. Bem de família. Concordância do embargado com o pedido formulado na inicial. Sucumbência. Ausência de pretensão resistida. Afastado o princípio da causalidade, no caso. Impossibilidade de o exequente conhecer da restrição à penhora de parte ideal do imóvel bem de família. Ausência de condenação da parte adversa no pagamento de honorários advocatícios mantida. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; 38ª Câmara de Direito Privado; Apelação Cível nº 1061653-24.2016.8.26.0002; Rel. Fernando Sastre Redondo; julgado em 21/11/2018).*

Assim, na hipótese, diante do quadro que se apresenta nos autos, especialmente o fato de não constar anotação na matrícula de que o imóvel era bem de família, a solução que se impõe é de se atribuir a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais à embargante, vez que foi ela quem deu causa ao ajuizamento da ação, em face de sua omissão ou negligência.

Destarte, inverte-se o ônus da sucumbência, devendo a embargante, ora apelada, arcar com as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Pelo exposto, **dou provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2116261-82.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor UNIÃO QUÍMICA FARMACÊUTICA NACIONAL S/A, é réu MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação rescisória. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Anna Carolina Noronha - OAB/DF 28.813", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.273)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REZENDE SILVEIRA (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, MÔNICA SERRANO, AMARO THOMÉ, RAUL DE FELICE e RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 15 de dezembro de 2022

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO – CPC, artigo 966, incisos V e VIII – Embargos à execução fiscal de ISSQN julgados improcedentes – Serviços de embalagem e composição gráfica, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia por encomenda – Questionamento sobre a incidência de ISSQN ou de ICMS – Alteração legislativa do item 13.05, da LC 116/2003, aplicável a fatos geradores pretéritos – CTN, art. 106, inc. I – Acórdão que deu interpretação equivocada à Súmula 156 do STJ – Indefinição a respeito da atividade preponderante da autora, se comércio de mercadoria ou prestação de serviços não integrantes da cadeia mercantil – Matéria que exige produção de prova técnica – Pedido de perícia formulado tempestivamente em primeira instância e reiterado em grau de recurso, não apreciado pelo julgado rescindendo – Afronta ao contraditório e à ampla defesa – CF, art. 5º, LV – Acordão que deve ser rescindido para retomar a instrução processual na origem

Acesso ao Sumário

– Ação procedente.

VOTO

Ação Rescisória[1] intentada para questionar Acórdão proferido pela 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público, na Apelação Cível nº 9000034-96.2008.8.26.009 que, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso da contribuinte (fls. 1178/1185), com a seguinte ementa: *TRIBUTÁRIO. ISSQN ou ICMS. Embargos à Execução. Dúvida quanto à incidência de ICMS ou ISS. Incidência do ISS e não do ICMS. Inteligência da Súmula 156 do STJ. Precedentes. Efeito ex nunc da cautelar na ADIN 4389 do Eg. STF, pendente de julgamento. Decisão mantida. Recurso conhecido e improvido*. A autora alega inaplicabilidade das Súmulas 343, do STF e 134, do TRF, sustentando, com fulcro no artigo 966, incisos V e VIII, do CPC, que a decisão interpretou erroneamente o entendimento sintetizado na Súmula 156, do STJ, porque a produção gráfica não era a sua atividade preponderante quando dos fatos geradores, apenas incidental no processo produtivo e que as decisões de primeira e segunda instâncias não observaram os pedidos para realização de prova pericial, imprescindível à comprovação do direito alegado, daí sustentando a desconsideração da decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4389- MC, que afastou a incidência do imposto sobre operações de industrialização por encomenda para integrar ou utilizar diretamente no processo de industrialização ou de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS. Já a Municipalidade ré sustenta, em preliminar, o não enquadramento às hipóteses previstas no art. 966, do CPC, não podendo a ação rescisória ser utilizada como sucedâneo de recurso não interposto. No mérito, defende a incidência do imposto porque a contribuinte prestava serviços de composição gráfica, ao tempo dos fatos geradores, conforme vasta documentação juntada nos embargos à execução e bem assim, que a medida cautelar concedida na ADIN 4.389, do STF, não prejudicou ato jurídico perfeito, produzindo somente efeitos *ex nunc*, que obsta a retroação para alcançar fatos geradores pretéritos.

Relatado.

Não vinga a preliminar de falta de interesse de agir, suscitada pela Municipalidade, sob alegação de que não foram observados os requisitos do artigo 966, incisos V e VIII, do CPC, porque evidenciado o equívoco no julgado rescindendo quanto à interpretação do entendimento sintetizado na Súmula 156, do STJ, pois ainda indefinida a atividade preponderantemente da autora na época dos fatos geradores.

Com efeito, colhe-se do aresto que a contribuinte deixara de comprovar o exercício da sua atividade industrial predominante, sem que, no entanto, fossem apreciados os seus pedidos tempestivos para produzir prova pericial, tanto

1 Valor da causa em maio de 2.021: R$ 40.412.345,56.

Acesso ao Sumário

pelo Juízo de origem como pelo acórdão rescindendo, omissão que evidencia cerceamento de defesa em prejuízo daquela litigante, pois a Turma Julgadora entendeu como predominante a prestação dos serviços de composição gráfica em detrimento da cadeia mercantil para a comercialização de mercadorias.

Emerge dos autos fundada dúvida quanto à incidência de ISS ou de ICMS, dado o exercício cumulativo do comércio de bens e dos serviços de composição gráfica prestados na época dos fatos geradores, em especial, os feitos sob encomenda e fora do rol das atividades denominadas mercantis, cuja tributação estaria tipificada no item 13.05, da lista anexa à LC 116/2003 – *Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia.*

Em apertada síntese, as embalagens que compõem a produção por encomenda estão sujeitas ao recolhimento de ICMS, por integrarem a cadeia mercantil em outra fase da industrialização ou se destinadas ao cliente que as encomendou ou o consumidor final, enquanto o ISS recai sobre as atividades consideradas obrigação de fazer, fora das chamadas atividades mercantis, não podendo vir a ser complementada pela obrigação de dar, pois o tomador se beneficia integralmente do serviço prestado.

Em princípio, a obrigação de dar se sobrepõe à obrigação de fazer na composição gráfica de embalagens, consubstanciada na prestação de um serviço, porque predominante a circulação econômica sobre a personalização do bem, uma vez que o seu acondicionamento irá integrar a composição final do produto, de modo a divulgar determinada marca ou logotipo e as suas especificidades para a posterior circulação e comercialização, como já decidiu este Tribunal de Justiça (Remessa Necessária Cível 1021155-87.2017.8.26.0053; Relator SILVA RUSSO; Data do Julgamento: 05/03/2020 - Agravo de Instrumento 2159848-28.2019.8.26.0000; Relator HENRIQUE HARRIS JÚNIOR; Data do Julgamento: 15/05/2012; Data de Registro: 03/12/2019), em consonância com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na medida cautelar objeto da ADI nº 4.389/DF, de modo que *não há como equiparar a produção gráfica personalizada e encomendada para uso pontual, pessoal ou empresarial, e a produção personalizada e encomendada para fazer parte de complexo processo produtivo destinado a por bens em comércio*, perdurando a sua eficácia até o julgamento final e de forma prospectiva, a fim de alcançar fatos geradores verificados após a publicação da decisão, em 11/04/2011. Esse posicionamento veio a ser positivado pela nova redação conferida ao item 13.05, por meio da LC nº 157/2016:

> *Composição gráfica, inclusive confecção de impressos gráficos, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia, exceto se destinados a posterior operação de comercialização ou industrialização, ainda que incorporados, de qualquer forma, a outra mercadoria que deva ser objeto de posterior circulação, tais como bulas, rótulos, etiquetas, cai-*

Acesso ao Sumário

xas, cartuchos, embalagens e manuais técnicos e de instrução, quando ficarão sujeitos ao ICMS

Por essa razão, a ADI nº 4.389/DF foi extinta sem resolução de mérito por perda do objeto e falta de interesse processual. E conquanto a decisão liminar proferida na referida ADI 4.389/DF, tenha eficácia *ex nunc*, a alteração legislativa que introduziu o item 13.05, na LC 116/2003, alcançando fatos pretéritos, nos expressos termos do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, deve-se conferir solução justa à matéria.

No caso, a controvérsia não poderia ser decidida sem prévia realização de prova técnica, reiteradamente pedida pela contribuinte, de modo a espancar as dúvidas que ainda pairam sobre a sua atividade preponderantemente, quando dos fatos geradores – *se o comércio mercadorias ou a prestação de serviços* – e eventual aplicação da Súmula 156, do STJ, com a correta e definitiva prestação jurisdicional.

Assim, evidenciado o cerceamento de defesa sofrido pela contribuinte, dada a falta de prova técnica imprescindível, por ela pleiteada e reiterada tempestivamente nos autos, a conferir o exato conhecimento do litígio para o correto julgamento de mérito, afastando, assim, o injusto fundamento lançado no acórdão impugnando, de que a contribuinte não se desincumbiu do ônus de demonstrar qual era a sua atividade preponderante na época (CPC, art. 333, I - fls. 1182).

Daí porque o acolhimento da pretensão para rescindir o acórdão proferido pela extinta 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público, por cerceamento de defesa arguido como preliminar nas razões do recurso de apelação, a fim de que seja retomada a instrução processual no feito de origem e produzida a necessária prova pericial, dado o equívoco verificado na interpretação da Súmula 156, do STJ e que afrontou a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Aliás, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que *há cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de prova oral e pericial, requeridas oportuna e justificadamente pela parte autora, com o fito de comprovar suas alegações, e o pedido é julgado improcedente por falta de provas* (AgRg no REsp 1415970/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 7/8/2014, DJe 15/8/2014; AgRg no AgRg no AREsp 35.795/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/6/2014, DJe 4/8/2014; AgRg no Ag 710.145/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/6/2014, DJe 25/6/2014).

Acesso ao Sumário

E ainda:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO PREDIAL URBANA. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM EMBARGOS DE TERCEIRO. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. Ação rescisória jul-

gada procedente, por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, para anular sentença de improcedência proferida em embargos de terceiro, nos quais se questionava a legalidade de penhora sobre bem de família. 2. ***Há cerceamento de defesa se o magistrado julga antecipadamente a lide e conclui pela improcedência do pedido, por falta de provas do direito alegado, sem facultar a produção de provas previamente requerida pela parte. 3. Aplica-se à ação rescisória o princípio segundo o qual as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos (jura novit curia e da mihi factumdabo tibi ius).*** *Precedentes. 4. Havendo controvérsia sobre questão eminentemente fática, é inadequada a via do recurso especial para infirmar o julgado, consoante o disposto na Súmula n. 7 do STJ. Necessidade, no caso, de se conhecer os exatos termos da petição inicial da ação rescisória, para fins de se constatar eventual afronta ao princípio da congruência. 5. Os beneficiários da justiça gratuita estão dispensados do depósito prévio de que trata o art. 488, II, do Código de Processo Civil. 6. Agravo regimental não provido* (AgRg no Agravo de Instrumento nº 710.145- SP. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. J. 05.06.2014 – grifado).

No mesmo sentido:

Ação rescisória – Acórdão proferido em apelação contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução – Decisão que afastou a alegação de cerceamento de defesa sob o fundamento de que não caberiam mais provas a produzir e ao mesmo tempo reconhece que a parte não comprovou o direito alegado – ***Ação fundamentada na violação literal de dispositivo de lei e existência de documentos novos art. 485, V e VII do anterior Código de Processo Civil – Pertinência e cabimento da alegação de violação a dispositivo de lei – Cerceamento de defesa caracterizado, uma vez que não concedida à parte a ampla defesa, uma vez não ser possível afastar o direito reclamado sob o fundamento de que não foram produzidas as provas necessárias – Aplicação da literalidade do art. 93, IX da Constituição Federal e arts. 332 e 420 do Código de Processo Civil*** *– Demais argumentos ficam prejudicados diante do acolhimento da ofensa a literalidade de dispositivo legal e a desconstituição do acórdão – Ação procedente* (Ação Rescisória 2153157-37.2015.8.26.0000; Relator: MIGUEL PETRONI Neto; Órgão Julgador: 8º Grupo de Direito Privado; Foro de São João da Boa Vista - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2016; Data de Registro: 12/09/2017 - grifado).

Assim, condena-se a ré no pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos, em consonância com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.850.512/SP, Tema nº 1.076, que fixou a seguinte tese:

Acesso ao Sumário

i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – *a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.*

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

Ademais, com a recente edição da Lei nº 14.365/2022, que alterou o Código de Processo Civil e a Lei nº 8.906/1994, ao estabelecer: *quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa for líquido ou liquidável, para fins de fixação dos honorários advocatícios, nos termos do §§ 2º e 3º, é proibida a apreciação equitativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas no § 8º deste artigo* (§ 6º, art. 85), impõe-se a fixação escalonada para condenar a ré no pagamento dos honorários advocatícios sobre o valor atualizada da causa, no percentual de dez por cento (10%), até o limite do valor estipulado no CPC, artigo 85, § 3º, inc. I, de duzentos (200) salários mínimos e o que exceder esse limite, no percentual de oito por cento (8%), até dois mil (2000) salários mínimos e assim sucessivamente.

Por essas razões, **julga-se procedente a ação** para rescindir o acórdão proferido pela 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público, retomando-se a instrução processual no feito de origem, com a regular e necessária produção da prova pericial, prejudicado o exame das demais matérias suscitadas.

Agravos de Instrumento

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2186470-42.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LBR ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

(Voto nº 29.125)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 13 de dezembro de 2022.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Inconformismo diante de decisão que, dentre outras providências, deu o feito por saneado, com o deferimento de prova oral – Decisão recorrida que não observou ao disposto no art. 17, §§ 10-C e 10-D, da Lei nº 14.230/2021 **– Necessidade do Juízo de indicar com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável aos réus (sendo que, para cada ato de improbidade, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA), a vincular o exame de mérito das alegações e pedidos deduzidos na inicial, com a posterior intimação das partes para especificação das provas que pretendem produzir – Decisão proferida após a entrada em vigor da nova lei de improbidade – Norma de natureza processual – Aplicação imediata aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, nos termos do art. 14 do CPC – Decisão saneadora, nesse ponto, anulada, de modo que outra seja proferida, nos termos do art. 17, §§ 10-C e 10-D, da Lei nº 14.230/2021, com posterior intimação das partes para especificação das provas que pretendem produzir – Legitimidade ativa do Município de São Paulo que merece prevalecer – Inaplicabilidade por ora, da legitimidade exclusiva do Ministério Público prevista pela Lei nº 14.230/21 – Medida cautelar deferida parcialmente pelo STF nos autos da ADI nº 7042, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, para manter a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e Pessoas Jurídicas Interessadas na Ação de Improbidade Administrativa, com a consequente suspensão dos efeitos do art. 3º da Lei nº 14.230/21.**

Acesso ao Sumário

Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a decisão de fls. 12.030/12.031, complementada a fls. 12.106, proferida nos autos de ação civil de improbidade administrativa (*processo nº 1062111-09.2021.8.26.0053*), que saneou o feito e, dentre outras matérias, manteve o Município de São Paulo no polo ativo da demanda e o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

Aduz a agravante que a decisão recorrida deixou de aplicar dispositivos da Lei nº 14.230/2021 previstos especificamente para a fase de saneamento do processo, quais sejam, art. 17, *caput*, §§10-C e 10-D, omitindo-se a respeito da necessidade de capitulação das condutas ímprobas imputadas aos réus – *cuja definição deve ocorrer na decisão de saneamento e vinculará o exame de mérito das alegações e pedidos deduzidos na inicial*. Sustenta que a nulidade da decisão que apreciou os embargos de declaração, por fundamentação deficiente, eis que não se manifestou sobre a omissão apontada. Subsidiariamente, pugna pela reforma da r. decisão agravada para que o processo seja extinto por ilegitimidade ativa do Município de São Paulo, ou, quando menos, seja realizada a capitulação específica das condutas dos réus.

Em sede de análise preliminar, foi deferido o efeito suspensivo à r. decisão recorrida (fls. 21/23).

Contraminuta a fls. 27/32.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou manifestação a fls. 36/40, opinando pelo desprovimento do recurso.

A agravante manifestou oposição ao julgamento virtual do presente recurso (fls. 20).

É o relatório.

O recurso deve ser provido em parte.

Acesso ao Sumário

Primeiramente, não há que se falar em nulidade da decisão recorrida (fls. 12.106) por fundamentação deficiente, uma vez que, apesar de sucinta, entendeu que não houve omissão no despacho saneador quanto à especificação das condutas ímprobas imputadas aos réus – reportando-se, para tanto, ao parecer oferecido pelo Ministério Público a fls. 12.096/12.102.

Entretanto, a título subsidiário, no que diz respeito à inobservância das regras previstas no art. 17, *caput*, §§10-C e 10-D, da Lei nº 14.230/2021, no despacho saneador, tenho que razão assiste à agravante.

Isto porque a norma cuja aplicação se pretende, detém natureza essencialmente processual.

Consoante estabelece o art. 14 do Código de Processo Civil "*a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas soba vigência da norma revogada*".

Ou seja, para a norma processual não se cogita a aplicação retroativa, mas deve ser aplicada aos processos em curso, desde que respeitados os atos processuais já praticados e as situações jurídicas já consolidadas.

Na hipótese, depreende-se que a decisão saneadora do feito que deu início à fase instrutória foi proferida em 14.06.2022, ou seja, depois da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021 (fls. 12.030/12.031).

Nesse contexto, importante consignar que a Lei nº 14.230/2021 provocou diversas alterações na Lei nº 8.429/1992, dentre as quais inseriu no art. 17 os §§ 10-C, 10-D e 10-E, a saber:

> ***"Art. 17.***
>
> ***(...)***
>
> § 10-C. Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual ***indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.***
>
> § 10-D. ***Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.***
>
> § 10-E. Proferida a decisão referida no § 10-C deste artigo, as partes serão intimadas a especificar as provas que pretendem produzir".

Na espécie, a decisão agravada, mesmo tendo sido proferida em 14.06.2022, não observou a sistemática prevista pela nova lei em vigor – nesse ponto, limitou-se a arguir que "*as condutas foram pormenorizadamente descritas, com suas respectivas individuações*", o que, obviamente, não vai ao encontro do estipulado pela nova disciplina processual que trata da questão.

Ao revés, após afastar as preliminares de inépcia da inicial e falta de interesse de agir, manter o Município no polo ativo da demanda, e esclarecer os pontos atinentes no que diz respeito à retroatividade ou não da nova lei e impossibilidade de reconhecimento de responsabilidade solidária, declarou saneado o feito e deferiu a produção de prova oral.

E uma vez proferida após a entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, plenamente possível a incidência imediata da norma processual em questão, possibilitando ao juízo indicar com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável aos réus, com posterior intimação das partes para especificação das provas que pretendem produzir.

Acesso ao Sumário

Não é demais repetir que não se trata de aplicação retroativa de norma material mais benéfica, mas sim de norma processual a processo em curso, nos termos do art. 14 do CPC.

Desta feita, nesse particular, a decisão comporta reforma, para o fim de determinar a nulidade da decisão saneadora guerreada, para que o juízo profira outra (*vale dizer, a fim de evitar futuras nulidades*), nos termos do art. 17, §§ 10-C e 10-D, da Lei nº 14.230/2021, intimando-se as partes, na sequência, para especificação das provas que pretendem produzir.

A esse respeito, segue recente julgado proferido por este Egrégio Tribunal de Justiça:

> ***"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública por ato de improbidade administrativa – Recurso contra decisão que, dentre outras determinações, deu por saneado o feito e deferiu a produção da prova requerida pelos corréus, fixando prazo para apresentação do rol de testemunhas – Alegação de que as condutas contidas na inicial descrevem ato de natureza culposa, devendo a ação ser julgada improcedente –Descrição formulada das condutas ímprobas imputadas que é suficiente neste momento, devendo prevalecer o princípio do in dubio pro societate, com vistas à apuração dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa – Requerimento de aplicação do disposto no art. 17,*** §§ 10-C, 10-D e 10-C, da Lei nº 14.230/2021 **– *Decisão proferida após a entrada em vigor da nova lei de improbidade – Norma de natureza processual – Aplicação imediata aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, nos termos do art. 14 do CPC – Despacho saneador que deu início a fase instrutória – Decisão reformada para anular a decisão e determinar que outra seja proferida, nos termos do art. 17, §§ 10-C da Lei nº 14.230/2021, com posterior intimação das partes para especificação das provas que pretendem produzir – Recurso parcialmente provido"*** (7ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2014920-76.2022.8.26.0000, j. 11/07/2022, rel. Des. Eduardo Gouvêa).

Por outro lado, não merece guarida a alegação de ilegitimidade ativa do Município de São Paulo,

Não se ignora o teor do art. 3º, *caput*, da Lei nº 14.230/21, que em razão da legitimidade exclusiva agora disposta no art. 17 da Lei nº 8.429/92, estabeleceu a suspensão do processo até 25/11/2022, a fim de que o Ministério Público manifeste seu interesse na assunção do polo ativo da ação, sob pena de posterior extinção do processo. Tanto é assim que, na presente ação de improbidade, o Ministério Público Estadual havia, anteriormente, assumido o polo ativo da

Acesso ao Sumário

ação, originalmente ajuizada pelo Município de São Paulo.

Ocorre que o E. Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente a medida cautelar requerida nos autos da ADI nº 7042, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, para manter a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e Pessoas Jurídicas Interessadas na Ação de Improbidade Administrativa, com a consequente suspensão dos efeitos do art. 3º da Lei nº 14.230/21.

Desta feita, por ora não persiste a controvérsia acerca da legitimidade ativa do Município de São Paulo –, de modo que deverá permanecer no polo ativo da presente demanda, sem a necessidade de sua assunção pelo Ministério Público (atuação limitada a *custos iuris*), com o regular prosseguimento do feito. Ademais, tal entendimento deve prevalecer até o julgamento final da ADI nº 7.042 ou de eventual reconsideração da medida cautelar.

Logo, escorreita a decisão recorrida, que, diante da manutenção da legitimação do Poder Público para a propositura e condução das ações civis por ato de improbidade administrativa, tal qual decidido pelo STF, houve por bem revogar a decisão de fls. 7328, com a manutenção do Município de São Paulo no polo ativo da demanda, e o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

Segue, nesse sentido, precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA –LEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO – Decisão agravada que determina a suspensão do andamento processual – Pretensão do Ministério Público de que seja retomada a marcha processual, bem como, reconhecida a legitimidade ativa do Município e a atuação do Ministério Público como custos iuris – Superveniência da decisão proferida na ADI nº 7.042, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes –Suspensão afastada – Determinação de prosseguimento do feito – Decisão agravada reformada. RECURSO PROVIDO" (2ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2021704-69.2022.8.26.0000, j. 26/04/2022, rel. Desª. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso para determinar a nulidade da decisão saneadora guerreada, para que o juízo profira outra, nos termos do art. 17, §§ 10-C e 10-D, da Lei nº 14.230/2021, intimando-se as partes, na sequência, para especificação das provas que pretendem produzir.

ACÓRDÃO

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

2262992-13.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TANGARÁ DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO E EXPLORAÇÃO HOTELEIRA LTDA., são agravados CHEFE DA UNIDADE TÉCNICA DE LICENCIAMENTO DA SUBPREFEITURA DE CAMPO LIMPO e SUBPREFEITO DA SUBPREFEITURA DE CAMPO LIMPO.

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 33.114)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 16 de janeiro de 2023.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – Impetração de ação mandamental com o escopo de que seja expedido o Auto de Licença de Funcionamento sem que seja exigida a apresentação de Certificado de Manutenção do Sistema de Segurança CMSS e de Certificado de Acessibilidade – Antecipação da tutela indeferida em primeira instância – Insurgência da impetrante – Não acolhimento – Não preenchimento dos requisitos elencados no art. 300, *caput*, do CPC – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por TANGARÁ DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO E EXPLORAÇÃO HOTELEIRA LTDA., objetivando a reforma de r. decisão, na qual, no bojo do Mandado de Segurança nº 1060128-38.2022.8.26.0053, o Juízo *a quo* indeferiu a tutela de urgência pleiteada pela empresa impetrante, ora agravante.

Inconformada, a agravante narra ser "*sociedade empresária que tem por finalidade a exploração da atividade hoteleira por meio de gestão do Tangará Hotel & SPA, localizado [...] na cidade de São Paulo, [...] incluindo a prestação de serviços de buffet, serviços de alimentação e restaurantes, serviços relacionados a atividades de condicionamento físico, exploração do comércio varejista não especializado*" (fl. 06). Relata enfrentar obstáculos na obtenção do Auto de Auto de Licença de Funcionamento correlato ao restaurante existente no referi-

Acesso ao Sumário

do hotel. Aduz que, no bojo do Processo Administrativo nº 6056.2020/0002215-3, foi emitido um "comunique-se", exigindo-se a apresentação do Certificado de Manutenção do Sistema de Segurança CMSS e do Certificado de Acessibilidade para expedição da almejada licença. Nesse contexto, sustenta inexistir previsão normativa condicionando a expedição do Auto de Licença de Funcionamento à apresentação dos certificados requeridos pelas autoridades coatoras. Aponta a incidência do Decreto Municipal nº 49.969/08. Informa ter outrora impetrado outras ações mandamentais com o fito de que fossem expedidos os Autos de Licença de Funcionamento referentes à academia e à loja presentes no mesmo estabelecimento hoteleiro. Frisa não ser absoluta a presunção de veracidade e legalidade dos atos administrativos. Salienta possuir o Certificado de Conclusão e o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros AVCB, evidenciando a regularidade de seus sistemas de segurança. Cita precedentes. Argumenta o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do efeito ativo.

Pugna pelo provimento de seu agravo para "*determinar seja apreciado o pedido administrativo da Agravante para expedição de Auto de Licença de Funcionamento sem que seja exigida a apresentação de (a) Certificado de Manutenção do Sistema de Segurança CMSS e (b) Certificado de Acessibilidade do Hotel Tangará*" (fl. 25).

Deferida a antecipação da tutela recursal (fls. 62/65), com resposta da parte agravada às fls. 77/84.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

Melhor examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação recursal não comporta acolhimento.

Como é cediço, mandado de segurança é ação constitucional destinada a amparar direito líquido e certo do impetrante, violado em razão de abuso de poder do impetrado, consoante disciplinam o art. 5º, inc. LXIX, da Constituição Federal e a Lei n° 12.016/2009.

A concessão de liminar nas ações mandamentais tem como pressupostos a aparência do bom direito, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, num primeiro juízo de mera verossimilhança, bem como o fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.

A respeito do tema, anota Theotônio Negrão:

"...A liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela adrede ao magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato denegatório da liminar e ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro

da instância superior..." (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor – 37ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.828, nota 21b ao art. 7º da Lei nº 1.533/51).

No mesmo sentido, é a festejada lição de Hely Lopes Meirelles:

"...A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito fumus boni juris e periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado..." (*in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", 17ª ed. atual., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 58).

E, no caso dos autos, em que pese demonstrado o *periculum in mora* (conforme anteriormente asseverado), verifica-se a plausibilidade do direito invocado pela parte impetrante não restou satisfatoriamente evidenciada, tendo em vista a inobservância da legislação pertinente à matéria controvertida (*in casu*, as Leis Municipais n.º 11.228/1992 e nº 16.642/17, bem como o Decreto Municipal nº 49.969/08).

Logo, em que pese respeitado entendimento em sentido contrário, de rigor o não provimento do presente recurso, mantendo-se a r. decisão agravada nos termos em que proferida pelo nobre Juízo monocrático.

Acesso ao Sumário

Ademais, não são convenientes maiores digressões a respeito das demais matérias lançadas nas razões do agravo, ainda que se trate de questões de ordem pública, as quais podem ser interpretadas como antecipação do julgamento e supressão de um grau de jurisdição, observando-se que seu exame pode exigir dilação probatória.

Ressalta-se, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao desate do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia

do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixa-se consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2245228-14.2022.8.26.0000, da Comarca de Paulínia, em que é agravante MUNICÍPIO DE PAULÍNIA, é agravada LILIANE MARINA ROLDÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.165)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 19 de janeiro de 2023.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Título exequendo que determinou o recálculo do adicional de insalubridade, incluindo os reajustes incidentes sobre o salário base da autora, na mesma proporção dos aumentos promovidos pelas Leis Municipais nºs 2.910/08 e 3.078/10 – Excesso de execução reconhecido – Percentual de aumento do adicional de insalubridade que deve ser calculado considerando a mesma proporção do reajuste concedido pela administração público à servido-

Acesso ao Sumário

ra – Impossibilidade de utilização de percentual fixo – Decisão reformada – Extinção da ação afastada – Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 18/20, que, nos autos de ação ordinária em fase de cumprimento de sentença ajuizada por Liliane Marina Roldão em face de Município de Paulínia, homologou o laudo pericial contábil, acolheu em parte a impugnação e julgou extinta a execução, arbitrados os honorários advocatícios em 10% sobre o proveito econômico obtido.

Agrava o executado defendendo o cabimento de agravo de instrumento como recurso adequado para atacar a decisão recorrida, uma vez que, embora tenha extinguido a execução, acolheu em parte a impugnação apresentada, tratando-se de erro material a conclusão pela extinção da execução, ressaltado, ainda, a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal; aponta, em preliminar, nulidade da decisão, por considerar que deixou de enfrentar argumento deduzido pelo agravante capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, padecendo a decisão de vício na fundamentação, nos termos do art. 489, § 1º, IV, do CPC; no mérito, alega que o valor de R$ 257,76, adotado pelo perito no cálculo, não foi justificado tecnicamente, anotando que tal valor decorre da utilização equivocada dos percentuais de aumento dos vencimentos decorrentes das Leis nº 2.910/08 e nº 3.078/10, o que desencadeou erros em cascatas nos cálculos; sustenta que a aplicação correta dos percentuais de aumento dos vencimentos resulta no adicional de insalubridade no valor de R$ 102,06, e não o montante de R$ 257,76, adotado pelo perito. Pede provimento ao recurso (fls. 01/17).

Recurso tempestivo, dispensado de preparo e processado com a atribuição de efeito suspensivo (fl. 354); contrarrazões às fls. 358/362.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

De início, é o caso de conhecer o recurso, uma vez que, embora a r. decisão agravada tenha extinguido a execução, com nomeação de sentença, verifica-se, em seu conteúdo, tratar-se de decisão interlocutória, uma vez que decidiu somente sobre a impugnação apresentada pelo executado, quanto o alegado excesso, ausente a satisfação da obrigação executada, de modo que correta a interposição de agravo de instrumento para enfrentar a decisão ora recorrida.

Trata-se de cumprimento de sentença que condenou o Município de Paulínia a pagar diferenças salariais a servidor público municipal. O título ora exequendo julgou procedente a ação para condenar a ré "*1) a incluir os abonos incorporados ao salário à base de cálculo do adicional de insalubridade recebido pelo autor, na mesma proporção dos aumentos promovidos pelas Leis Mu-*

nicipais n. 2.910/2008 e 3.078/2010; 2) ao pagamento das diferenças devidas e não pagas dos adicionais de insalubridade retroativos, conforme os aumentos salariais concedidos e incorporados, acrescidos dos reflexos nas demais verbas de natureza salariais, com o acréscimo de juros de 0,5% ao mês e correção monetária de acordo com a Tabela Prática do E.TJSP, ambos a contar dos respectivos vencimentos, observada a prescrição quinquenal; 3) ao pagamento da importância decorrente das diferenças do cálculo das eventuais horas extras trabalhadas pelos servidores, utilizando o divisor 200, com o acréscimo de juros de 0,5% ao mês e correção monetária de acordo com a Tabela Prática do E.TJSP, em todos os meses que tiver sido utilizado o divisor 220, observando-se sempre o reconhecimento da prescrição quinquenal; extinguindo-se o feito com resolução do mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil" (fls. 53), sentença mantida em grau recursal.

A divergência, aqui, reside no correto percentual de aumento incorporado ao salário base que deverá ser incluído na base de cálculo do adicional de insalubridade recebido pela exequente, observando a proporção dos aumentos promovidos pelas Leis Municipais nº 2.910/08 e nº 3.078/10.

O perito, em seu laudo (fls. 245/254), adotou o valor do adicional de insalubridade apontado pela exequente como sendo o devido, todavia, não justificou se o percentual de aumento incluído no valor do adicional de insalubridade pela exequente corresponde à proporção dos aumentos promovidos pelas Leis Municipais nº 2.910/08 e nº 3.078/10, esclarecendo somente que "*Nada a ser alterado, visto que o pedido do Exequente na Inicial do Processo Original, já aduz em sua tese vencedora o cálculo e estes demonstrando analiticamente os percentuais de aumento decorrente das Leis nº 2.910/08 e nº 3.078/10*" (fls. 320).

Ocorre que, na inicial, a exequente, ao calcular o percentual de aumento do salário promovidos pelas Leis Municipais nº 2.910/08 e nº 3.078/10, utiliza "*o menor salário base pago aos servidores municipais*" (fls. 117) e o aumento máximo previstos nas referidas leis, o que não corresponde a real proporção de aumento que a exequente obteve em seu salário após a incorporação dos reajustes salariais, conforme consta em seus holerites, situação que gera um aumento irreal do adicional de insalubridade, com efeito cascata.

A exequente pretende estabelecer um percentual fixo de aumento salarial para calcular o adicional de insalubridade, o que não pode prosperar, visto que aquelas normas não determinam um percentual fixo de aumento salarial para todos os servidores, mas um valor variável, que depende da proporção do reajuste concedido pela administração pública a cada servidor.

Na fase de conhecimento, foi formada coisa julgada somente quanto ao critério de cálculo pretendido pela autora, não em relação aos valores indicados pela exequente em sua inicial, sendo a fase de liquidação o momento processual

Acesso ao Sumário

adequado para apuração dos valores efetivamente devidos de acordo com o estabelecido no título executivo.

Logo, o percentual de aumento a ser adotado no cálculo do adicional de insalubridade deve corresponder a realidade fática da exequente, que no caso corresponde a diferença entre o salário base que a exequente efetivamente recebia antes da incorporação dos abonos salariais em seus vencimentos e os novos salários base efetivamente recebidos pela exequente após a incorporação dos abonos salariais previstos pelas Leis Municipais nº 2.910/08 e nº 3.078/10 e concedidos pela administração à autora, utilizando, para isso, os valores constantes em seus holerites.

Nesse sentido:

"*RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – RECÁLCULO – FASE DE EXECUÇÃO – APRESENTAÇÃO DE NOVO CÁLCULO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO – IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – PRETENSÃO RECURSAL À REJEIÇÃO DO REFERIDO INCIDENTE – IMPOSSIBILIDADE. 1. Inicialmente, preclusão, não caracterizada. 2. A r. decisão de fls. 140, que homologou o novo cálculo da conta de liquidação, apresentado pela parte exequente, posteriormente substituída pelo r. pronunciamento jurisdicional ora impugnado, não pode subsistir, ante a necessidade de oportunizar à executada a possibilidade do oferecimento de eventual impugnação. 3. Inteligência dos artigos 10 e 535 do CPC/15. 4. No mérito recursal, incorreção do cálculo, oferecido pela parte exequente, reconhecida. 5. O recálculo do Adicional de Insalubridade deve obedecer aos ditames do título executivo judicial e da Lei Municipal 1.401/91, que estabelece a correção dos valores da referida vantagem, na mesma proporção dos reajustes salariais eventualmente concedidos pela Administração Pública. 6. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive, desta 5ª Câmara de Direito Público. 7. Em Primeiro Grau de Jurisdição: a) acolhimento da impugnação à execução de título judicial, apresentada pela parte executada; b) homologação da conta de liquidação, oferecida pela mesma parte litigante; c) condenação da parte exequente ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10% sobre o montante do excesso de execução. 8. Decisão recorrida, ratificada. 9. Recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte exequente, desprovido*." (Agravo de Instrumento nº 2122564-15.2021.8.26.0000, rel. Des. Francisco Bianco, 5ª Câmara de Direito Público, j. 20/07/2021).

Acesso ao Sumário

Como ainda não houve a satisfação da obrigação, uma vez que as partes ainda estão discutindo o valor devido, ausente pagamento da obrigação, deve ser afastada a extinção da ação, com o consequente prosseguimento do feito.

Por conseguinte, respeitado o entendimento diverso, reconheço o excesso de execução apontado pelo executado, ora agravante, devendo continuar a execução, adotando-se o percentual de aumento indicado pelo executado para calcular o adicional de insalubridade. Assim, deve a exequente refazer o cálculo em conformidade com os parâmetros ora delimitados, observando, ainda, o excesso de execução já reconhecido pelo juízo de 1º grau.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2258472-10.2022.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante ANTÔNIO CESÁRIO GOMES PEREIRA FILHO, é agravado UNIMED DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.571)**

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2023.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Plano de Saúde – Ação de Obrigação de Fazer – Decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré autorize e custeie cirurgia ortopédica prescrita ao autor – Inconformismo – Alegação de que é abusiva a recusa da operadora de saúde ré em custear o material necessário ao procedimento cirúrgico prescrito – Cabimento – Inadmissibilidade de interferência da operadora de plano de saúde sobre o tratamento a ser ministrado ao autor – Probabilidade do direito evidenciada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida

pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba, em Ação de Obrigação de Fazer, proposta por ANTÔNIO CESÁRIO GOMES PEREIRA FILHO contra UNIMED DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, que indeferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré autorize e custeie integralmente a cirurgia ortopédica prescrita ao autor, com o fornecimento dos materiais requisitados pelo médico que o assiste.

Aduz o agravante, em linhas gerais, que é abusiva a recusa da operadora de saúde ré em custear integralmente o procedimento cirúrgico, limitando o fornecimento dos materiais necessários ao procedimento.

Indeferida a antecipação da tutela recursal, a agravada não apresento contraminuta.

É o breve relatório do necessário.

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

> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

No caso dos autos, ressalvado o entendimento esposado pelo MM. Juiz "a quo", a probabilidade do direito invocado está satisfatoriamente demonstrada, pois, sendo o autor beneficiário do contrato de plano de saúde celebrado entre os litigantes, com previsão para cobertura de despesas relativas à assistência médico-hospitalar, não poderia a operadora de saúde ré negar ao autor, o tratamento prescrito pelo médico que o assiste.

Com efeito, restando incontroverso que o autor foi diagnosticado com diversas moléstias em sua coluna, conforme relatório médico de fls. 96/97 dos autos de origem, correndo o risco de dano de agravamento das moléstias e de intensificação das dores que afetam sua qualidade de vida, revela-se imprescindível a realização dos procedimentos cirúrgicos prescritos pelo médico que o assiste, pois, caso não haja célere prestação jurisdicional, o beneficiário ficará impossibilitado de receber o tratamento adequado e essencial à manutenção de sua saúde.

Por outra colocação, considerando que a epigrafada solicitação foi efetuada por profissional competente, regularmente credenciado, e está devidamente acompanhada de todos os documentos necessários e comprobatórios da necessidade de realização do procedimento cirúrgico requisitado, resta evidenciada a probabilidade do direito postulado.

Acesso ao Sumário

O procedimento requisitado, ademais, além de necessário, se revela urgente em razão do insucesso do tratamento conservador e do risco de agravamento das lesões, o que certamente contribui para a concessão da tutela antecipada.

Ademais, não há se falar em irreversibilidade do provimento antecipado, posto que, caso verificado que o alegado pelo autor não procede, nada impede a agravada de, posteriormente, buscar, pelas vias ordinárias, a reparação por danos eventualmente sofridos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar que a empresa ré autorize o procedimento cirúrgico para o tratamento do autor, com o custeio de todos os materiais descritos no relatório médico acostado à inicial (fls. 96/97), bem como de outros materiais cirúrgicos que se fizerem necessários, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2249348-03.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOAQUIM CARLOS MINHOTO, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. O 3º juiz se considerou impedido", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.699)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

REZENDE SILVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ISSQN – Exercício de 2011 – Insurgência em face de decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade – Alegação de ocorrência da prescrição e ilegitimidade passiva, por ter se aposentado, deixou o exercício do tabelionato em 2015 – Portaria 52/2015 que declarou a vacância da delegação a partir de

Acesso ao Sumário

15.05.2015 – Executado que exercia a função de registrário na época do fato gerador do débito – Prescrição – Inocorrência – Notificação em 19.03.2015 – Ajuizamento em 08.03.2016, dentro do prazo prescricional – Recurso provido em parte, somente para conceder os benefícios da justiça gratuita.

VOTO

Vistos.

Trata- se de tempestivo recurso de agravo de instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto por **JOAQUIM CARLOS MINHOTO**, por meio do qual objetiva a reforma da decisão copiada a fls. 30/33, que rejeitou a exceção de pré-executividade, por não ocorrer a decadência, a prescrição e a tese de irresponsabilidade necessita de ampliação da fase instrutória.

Em suas razões, preliminarmente requer a concessão da gratuidade processual, pois deixou o tabelionato em 2015, vive de sua aposentadoria e é sujeito passivo de 24 execuções fiscais e alega, em suma, que ocorreu a prescrição e é parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução fiscal, pois deixou o exercício do tabelionato em 15.07.2017, aposentando- se, conforme Portaria de Vacância 52/2015. Requer a reforma da decisão.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo foi deferido (fls. 45/46).

Contraminuta a fls. 52/58.

É o relatório.

O recurso merece provimento em parte, somente para conceder a gratuidade processual.

A concessão do benefício da justiça gratuita é prescrita nos artigos 98 e 99, do Código de Processo Civil, que possibilita o acesso à Justiça aos necessitados, voltando-se ao amparo da pessoa natural ou jurídica, que não tenha recursos para levar suas pretensões ao Judiciário; ou seja, para todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Acesso ao Sumário

No caso da pessoa natural, a presunção relativa de hipossuficiência, a princípio, é suficiente para que seja deferida "initio litis" (art. 99, § 3º do Código de Processo Civil), como regra geral, o que, não impede que, desde logo, o juízo solicitasse a juntada de documentação para demonstração de sua hipossuficiência econômica, uma vez que a parte contrária pode impugnar a decisão em preliminar na contestação (art. 100, "caput" do Código de Processo Civil).

No caso concreto, o executado juntou cópias, juntamente com o recurso, da declaração do IRPF de 2019 (fls. 38/43), a revelar, a princípio, a impossibilidade de arcar com as despesas processuais.

O agravante é pessoa natural, e, a princípio, é beneficiário de tal benesse, por força da presunção legal contida no art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil.

Fica ressalvado, porém, o direito do agravado de impugnar tal benefício ao ensejo da contestação, nos termos do disposto no art. 100, do Código de Processo Civil, mediante juntada de documentos que infirmem aquela presunção legal.

No mais, trata-se de execução fiscal que visa à cobrança de ISSQN do exercício de 2011.

O executado foi citado via postal (fls. 07 dos autos originais) e apresentou exceção de pré-executividade, alegando ocorrência de prescrição e ilegitimidade passiva.

E se insurge em face de decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, por não ocorrer a decadência, a prescrição e a tese de irresponsabilidade necessita de ampliação da fase instrutória.

Mas, sem razão.

A exceção de pré-executividade tem cabimento como meio de defesa em execução fiscal, sempre que envolva matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo juiz e que haja prova pré-constituída, sem a necessidade de ampliação da fase instrutória, adotado o entendimento contido na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória", o que é o caso dos autos.

O artigo 5º da Lei Complementar 116/2003, não deixa margem a dúvida de interpretação, ao dispor que o contribuinte é o prestador de serviço.

A responsabilidade pelos débitos tributários, no caso dos serviços cartorários, é a pessoa natural do delegatário.

No caso concreto, a Portaria 52/2015 declarou "a vacância da delegação correspondente ao Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 28º Subdistrito Jardim Paulista da Comarca de São Paulo, a partir de 15.05.2015" (fls. 19 dos autos originais).

E a presente execução cobra débito do exercício de 2011.

Dessa forma, não há que se falar em ilegitimidade passiva, uma vez que ao tempo do fato gerador do débito, o executado, ora agravante, exercia a função de registrário.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ATOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA SERVENTIA. RESPONSABILIDADE DO DELEGATÁRIO À ÉPOCA DOS FATOS. 1.- A atual jurisprudência desta Corte orienta que "o tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior" (AgRg no REsp 624.975/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 11/11/2010). 2.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREs p 460.534/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27.03.2014, DJ e 28.04.2014).

Também não assiste razão ao agravante a alegação de ocorrência da prescrição.

No caso concreto, aplica-se o que determina o art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual prevê que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 05 (cinco) anos contados da sua constituição definitiva.

Conforme o que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário se constitui pelo lançamento, sendo a inscrição da dívida apenas a prática de ato administrativo unilateral, que nada tem a ver com o termo inicial do prazo decadencial ou prescricional.

A notificação ao sujeito passivo é condição de eficácia do lançamento, que demarca a formalização do crédito pelo Fisco, que passa a ser exigível.

No caso concreto, a execução fiscal para cobrança do ISSQN do exercício de 2011, com vencimento em 10.02.2011 a 10.08.2011, foi distribuída em 08.03.2016.

Verifica-se, no entanto, pelas CDAs de fls. 02/04 dos autos originais, que a origem dos débitos foram os autos de infração nº 6701042-3, 6701043-1 e 6701044-0, com a data da notificação em 19.03.2015.

Como dito anteriormente, a notificação é a condição de eficácia de lançamento e se considera como termo inicial da constituição definitiva do crédito tributário, iniciando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Como a notificação foi realizada em 19.03.2015 e o ajuizamento da execução fiscal em 08.03.2016, dentro do prazo prescricional, portanto, não há que se falar em ocorrência de prescrição.

Pelo exposto, meu voto dá provimento em parte ao recurso, somente para conceder os benefícios da justiça gratuita, mantendo-se, no mais, a decisão agravada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2218162-59.2022.8.26.0000, da Comarca de Bertioga, em que é agravante FATIMA FERNANDES RAMOS - ME, é agravado SECRETÁRIO MUNICIPAL DA SAÚDE DE BERTIOGA.

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 39.395)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2023.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – BRONZEAMENTO ARTIFICIAL – LIMINAR – INDEFERIMENTO – Manutenção – Ausência dos requisitos autorizadores da liminar (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09) – Inexistência de elementos suficientes para autorizar a concessão da liminar – Decisão mantida – Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada recursal, interposto por Fatima Fernandes Ramos - ME contra r. decisão de fls. 95 (processo de origem), tirada dos autos de "Mandado de Segurança", encetado em face do Secretário Municipal da Saúde de Bertioga, e respectiva pessoa jurídica a que pertence, no ponto que viu indeferida a liminar, pela qual se objetiva afastar eventual fiscalização/autuação decorrente do uso de máquinas de bronzeamento artificial, com lastro na Resolução da Diretoria Colegiada 56/2009. A decisão da qual se recorre segue reproduzida:

> *""Vistos. Exige a lei para a concessão da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo (art.300, do CPC). Pois bem, a princípio não vislumbro o "fumus boni iuris" apto a conceder liminar "inaudita altera pars". Com efeito, em sede de cognição sumária, não há elementos suficientes a afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo que vier a ser praticado, o que somente seria possível após o exame de todos os elementos de prova e a oitiva do impetrado. Não obs-*

Acesso ao Sumário

tante, Observa-se que as alegações do autor, de forma unilateral, não comprovam sequer, minimamente que esteja o autor sujeito às intervenções municipais pelos órgãos fiscalizadores. Portanto, se concedida em cognição sumária, a liminar atingiria a medida satisfativa do direito invocado. Logo, até que se prove o contrário, o ato administrativo atacado, se praticado, é válido e executável, razão pela qual necessário aguardar-se a formação da tríade processual, com contraditório e ampla defesa assegurados. Portanto, INDEFIRO a liminar. Solicitem-se as informações da autoridade coatora no prazo legal, bem como, cientifique-se o órgão de representação judicial (artigo 7º e 11 da Lei nº 12.016/09). Após, com as informações, abra-se vista ao D. Representante do Ministério Público. Cite-se e Intime- se a Fazenda Pública, via Portal Eletrônico, Intime-se."

Sustenta a recorrente, em síntese, ser ilegal a RDC ANVISA nº 56/2009 que proíbe o uso dos equipamentos para bronzeamento artificial em todo o território nacional, uma vez que houve decisão de ação ajuizada perante a Justiça Federal pelo SEEMPLES (Sindicato Patronal dos Empreendedores em Empresas e Profissionais Liberais em Estética e Cosmetologia do Estado de São Paulo), que julgou procedente declarando a nulidade da Resolução nº 56/2009.

Relata que mesmo com a anulação da referida resolução, a municipalidade continuou autuando empresas do ramo estético e profissionais liberais, lacrando os maquinários e impedindo o exercício de profissão, em total violação aos direitos constitucionalmente assegurados.

Ressalta estar presente a probabilidade do direito por ser a agravante empresa atuante no ramo estético e não poder sofrer paralização decorrente do desrespeito de decisões, sob pena de perda de clientes, e prejuízos financeiros e, afirma estar caracterizado o risco de demora, caso sofra uma autuação da municipalidade pautada pela já anulada Resolução. Apresenta jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça.

O requerimento recursal pugna pela reforma, para ser concedida autorização liminar para trabalhar com bronzeamento artificial (fls. 11).

Recurso regularmente processado. O efeito suspensivo foi indeferido (fls. 15/18). A parte contrária não apresentou contraminuta, conforme certidão de fls. 28.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Em que pesem as razões apresentadas pela recorrente, tenho que a decisão recorrida está a salvo de censura.

Com efeito, o mandado de segurança é ação constitucional destinada a amparar direito líquido e certo do impetrante, violado em razão de abuso de poder do impetrado. Está inteiramente disciplinado pela Lei n° 12.016/2009. Embora admissível a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão denegatória de liminar em sede de Mandado de Segurança, o exame de seu mérito

deve adequar-se aos estreitos limites do *mandamus*.

Bem por isso e com amparo nos artigos 1º e 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, a decisão denegatória da liminar ensejará reforma em sede recursal, tão somente quando demonstrada ilegalidade e lesividade de difícil ou improvável reparação.

Nesta circunstância, ainda não se encontra nos autos tais requisitos aptos a ensejar, na fase primeira dos autos, a tutela definitiva. Os documentos apresentados são insuficientes para, antes da vinda das informações do Impetrado, demonstrar a relevância da impetração não restou devidamente comprovada.

Deveras que, tudo indica ser a impetrante esteticista autônoma, que formalizou sua atividade via microempresa, não demonstrou qualquer informação adicional acerca do seu equipamento (número de registro ou cadastro), ou mesmo se possui supervisão técnica para tal mister. Tal circunstância, aliada a celeridade que caracteriza o procedimento do Mandado de Segurança, aponta para a não concessão da liminar.

Disso resulta que a prova trazida neste momento de cognição sumária, não permite a concessão da medida pleiteada, sem o contraditório e maiores elementos nos autos, sob pena de decisão temerária. A propósito do tema:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – mandado de segurança – liminar indeferida –admissibilidade requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" – ausentes interdição das câmaras de bronzeamento com fundamento na Resolução nº 56 da ANVISA – admissibilidade – Recurso desprovido.* (TJSP; Agravo de Instrumento 0054159-10.2011.8.26.0000; Relator: Franco Cocuzza; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Mogi das Cruzes - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/12/2011; Data de Registro: 05/12/2011).
>
> *Agravo de Instrumento – Decisão que, em mandado de segurança preventivo, indeferiu o pedido liminar – Ausência dos requisitos legais previstos na Lei nº 12.016/09 – Impossibilidade de reconhecimento de direito líquido e certo em evento futuro e incerto – Recurso não provido.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2119115-15.2022.8.26.0000; Relator: Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/08/2022; Data de Registro: 31/08/2022).

Dessa forma, a decisão agravada deve ser mantida, sem prejuízo, evidentemente, de que o amadurecimento da causa possa avançar, na sede própria, para a concessão da segurança.

Com tais razões de decidir, meu voto **nega provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2280212-24.2022.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante MEXTRA ENGENHARIA EXTRATIVA DE METAIS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é agravado 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 16.085)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2023.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Embargos à Execução Fiscal. Decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita e determinou o recolhimento de custas e despesas processuais no prazo de 15 dias úteis. Pessoa jurídica com fins lucrativos, não sendo possível concluir pela incapacidade financeira que a impeça de proceder ao pagamento das custas pertinentes a este processo. Dívidas, protestos, pedido de recuperação judicial e falência não se revelam suficientes para demonstrar a impossibilidade no recolhimento das custas e despesas, já que a pessoa jurídica pode ter outros bens suficientes para saldá-las. Hipossuficiência financeira não comprovada. RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Mextra Engenharia Extrativa de Metais Eireli contra a r. decisão de fls. 507 dos autos principais (Embargos à Execução Fiscal nº 1011987-18.2022.8.26.0625), que indeferiu seu pedido de justiça gratuita e determinou o recolhimento de custas e despesas processuais no prazo de 15 dias úteis.

Sustenta a agravante que os embargos à execução fiscal foram opostos por ela com o fim de cancelar a totalidade do lançamento constante do AIIMn.º

4.055.658-0, no valor original de R$60.803.412,67, consubstanciado na CDA n.º 1.253.845.811, pela efetiva remessa para industrialização pelas remetentes localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de mercadorias classificadas na posição NCM/SH 7601, para o estabelecimento da Agravante, localizado no Estado de São Paulo, e o consequente direito ao creditamento do ICMS destacado. Isso porque, ao contrário do apontado pela fiscalização, não se trata de sucata e sim liga de alumínio, além de não ter havido qualquer prejuízo ao erário, considerando o efetivo destaque e quitação do ICMS na saída das mercadorias para surgimento do direito ao crédito pela Agravante. Em decorrência de sua atual situação financeira delicada, a Agravante requereu a concessão da gratuidade judiciária, com fundamento no artigo 98 do Código de Processo Civil, demonstrando que se encontra em recuperação judicial e com grave escassez de recursos financeiros, através da Demonstração de Resultado do Exercício (DRE), do exercício findo de março de 2022, (a qual possui patrimônio líquido negativo – passivo maior que o ativo – e, consequentemente, não possui recursos financeiros para arcar com as custa sprocessuais sem prejuízo da manutenção da consecução de suas atividades ordinárias e decumprimento do Plano de Recuperação Judicial.

Informa que se encontra em recuperação judicial recebida e deferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Diadema, nos autos nº 0001160-77.2013.8.26.0625, com o proferimento da sentença de extinção da recuperação judicial, que não transitou ainda em julgado em razão de oposição de embargos de declaração. Ressalta que a Assembleia Geral de Credores aprovou o Plano de Recuperação Judicial, que foi homologado judicialmente, em que ficou definida a previsão de pagamento em até doze anos, após o período de doze meses, a partir da data da aprovação e homologação de referido plano de recuperação judicial, que se deu em 23 de fevereiro de 2017.

Assinala que considerando o referido pagamento dos credores em até 12 anos, a agravante não cumpriu sequer a metade desse pagamento, devido a insuficiência de recursos para arcar com referido compromisso e para manter a fonte produtora.

Defende que sua situação financeira e patrimonial, constante na pela Demonstração de Resultado findo em 31 de março de 2022, indica a ausência de lucro no último exercício, ante o resultado de patrimônio líquido negativo, e o caixa da empresa zerado, em decorrência da amortização com empréstimos e financiamentos. Postula pela juntada da Relação da Folha de Pagamento e dos Relatórios do Contas a Pagar dos últimos 2 (dois) meses, a fim de demonstrar que a empresa não possui condições para custear as despesas processuais, e ao mesmo tempo de manter o regular exercício da sua atividade empresarial mediante o pagamento de despesas, fornecedores, salários de funcionários, motivo pelo qual faz jus ao benefício da justiça gratuita.

Acesso ao Sumário

Destaca que o valor da causa da ação originária atinge o importe de R$17.459.863,31 e que deveria desembolsar, a título de custas judiciais iniciais, o montante de R$95.910,00, considerando o teto de 3.000UFESPs, o que comprometeria o pagamento do assumido plano de recuperação judicial e a impossibilitaria de discutir judicialmente o crédito tributário que é objeto da ação de origem. Justifica que diante da escassez de recursos financeiros, não dispõe de receita suficiente para recolher as custas e despesas processuais iniciais referentes ao recurso de embargos à execução fiscal.

Com tais argumentos, a agravante requer a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de urgência, para o fim de suspender a decisão agravada, nos termos do inciso I do artigo 1019 do CPC, para que não seja compelida a efetuar o recolhimento das custas processuais até o pronunciamento final deste Egrégio Tribunal de Justiça, diante do risco de extinção da ação, sem resolução do mérito. Ao final, pede o provimento do recurso para o fim de determinar que o Juízo a quo entenda ser a agravante extremamente necessitada dos benefícios da justiça gratuita, não podendo arcar com o pagamento das custas e despesas processuais e do valor do preparo referentes ao recurso de embargos à execução fiscal, bem como com ônus decorrente da sucumbência.

Despacho indeferindo o efeito suspensivo (fls. 606/611).

Contraminuta (fls. 620/626).

É o relatório.

A assistência jurídica integral aos necessitados, garantia de dignidade constitucional (art. 5º, inciso LXXIV da CF), tem por desiderato possibilitar o acesso à Justiça ao economicamente hipossuficiente, sendo de rigor a observância dos preceitos legais afirmativos dessa franquia democrática (STJ, Recurso Especial 245663/MG. Diário da Justiça de 20/03/2000, p. 0137).

Em que pese a possibilidade de ampliação do benefício à pessoa jurídica, a dicção da lei é direcionada ao cidadão, de maneira que a concessão para a pessoa jurídica deve ocorrer de maneira excepcional, verificando-se o caso concreto, sob pena de instituição de um regime em que todos devem ser beneficiados com a justiça gratuita e, portanto, o sistema judicial torna-se gratuito o que não é a realidade e nem é corolário constitucional.

Há necessidade de comprovação da hipossuficiência, exatamente porque a prestação jurisdicional implica sempre em despesas e custos que não podem ser desconsiderados pelo Poder Judiciário, pelas partes e pelos advogados. A concessão indiferente de justiça gratuita gera também grave ofensa ao princípio da isonomia, pois, a imensa maioria recolhe custas judiciais.

Ora, tratando-se de pessoa jurídica com fins lucrativos, não se pode concluir pela incapacidade financeira que a impeça de proceder ao pagamento das custas pertinentes a este processo.

Observa-se que, na contraminuta, a FESP apresenta uma planilha na qual menciona que a agravante obteve faturamento de R$1.280.152.076,92 (um bilhão, duzentos e oitenta milhões, cento e cinquenta e dois mil, setenta e seis reais e noventa e dois centavos) nos últimos dois anos, o que aponta para um faturamento médio mensal de R$53.339.669,37 (cinquenta e três milhões, trezentos e trinta e nove mil, seiscentos e sessenta e nove reais e trinta e sete centavos), o que demonstraria que a capacidade de arcar com as custas processuais.

Cumpre observar que o entendimento aqui esposado não representa negativa de vigência ao artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal; tampouco veda à agravante acesso ao Poder Judiciário, tendo em vista caber aos litigantes o cumprimento dos deveres que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, inclusive no que toca ao recolhimento das custas processuais.

Assim, o recurso deve ser improvido, pois, conforme bem disposto pelo juízo *a quo, é importante observar que dívidas, protestos, pedido de recuperação judicial e falência não se revelam suficientes para demonstrar a impossibilidade no recolhimento das custas e despesas, já que a pessoa jurídica pode ter outros bens suficientes para saldá-las (...)* (fls. 507 – origem).

O benefício da justiça gratuita, instrumento de acesso à justiça, é relacionado à condição de hipossuficiência, não havendo óbice ao deferimento às pessoas jurídicas, desde que comprovada, de modo satisfatório, não estar em condições de arcar com as custas processuais sem comprometer sua existência e continuidade.

Entretanto, nos termos do art. 98, § 5º, do CPC, é possível a concessão da gratuidade a algum dos atos processuais, devendo neste caso ser deferida apenas para dispensar o recolhimento do preparo do agravo de instrumento interposto exclusivamente para a concessão do benefício.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2282633-84.2022.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é agravado JONAS BARBOSA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.954)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), ALBERTO GENTIL e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

RICARDO GRACCHO, Relator

Ementa: Benefício acidentário – Autarquia – Fase de liquidação – Prescrição da pretensão executiva – Inadmissibilidade – Imprescritibilidade do fundo de direito – Prescrição intercorrente – Desídia do autor – Parcelas devidas, observada a prescrição quinquenal – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Instituto Nacional do Seguro Social** contra decisão de fls. 71/73 dos autos da ação acidentária em fase de cumprimento de sentença a seguir copiada: "*Cuida-se de impugnação à fase de cumprimento de sentença ofertada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, fundada unicamente na alegação de prescrição. Manifestação do exequente (fls. 68/70). Pois bem. A despeito da momentaneamente superada discussão nos autos principais (recurso pendente), sobre a ciência do trânsito em julgado, o qual se deu em 29.03.2016 (fls. 40), e seus reflexos (fls. 300/303), não restou configurada a prescrição. Com efeito, a manifestação do credor naqueles autos, em 15.03.2022 (fls. 246/252), deixou evidente seu intuito de executar o julgado, ausente inércia de sua parte, premissa do instituto. Ademais, seu impulso, em tal contexto, se deu ainda dentro do quinquídio aplicável à espécie (art. 1º do Decreto n.20.910/32 c/c súmula 150/STF), somado ao tempo de suspensão do processo, na esteira do quanto decidido pelo C. STJ1, embora o efetivo incidente, em meio digital, tenha sido instaurado em momento posterior. Logo, sendo possível o prosseguimento, rejeito a impugnação, acolhendo os cálculos do exequente que, além de demonstrarem regularidade, não foram objetos de impugnação. Sem condenação ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios (STJ 110, c.c. art. 129, parágrafo único, Lei n. 8.213/91). Preclusa a presente decisão, deverá o credor, no prazo de 05 (cinco) dias, cadastrar a solicitação de expedição de ofício requisitório junto ao sistema SAJ (petições intermediárias – incidente processual – Precatório), observando-se as diretrizes e orientações no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo. Int.*"

Deferido o efeito suspensivo e processado o recurso (fls. 6), anexou-se a resposta (fls. 145/151).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de processo na fase de liquidação em que a autarquia alega prescrição da pretensão executória (fls. 1/4).

Extrai-se dos autos que o processo de conhecimento transitou em julgado em 29.03.2016 (fls. 40 dos autos da execução).

Contudo, alega a autarquia que, operada a prescrição em 29.03.2021, somente em agosto de 2022, decorridos mais de cinco anos do trânsito em julgado, é que foi requerido o cumprimento da sentença.

Vale esclarecer que, não obstante a desídia do autor na execução do julgado, nas ações acidentárias não há prescrição do fundo de direito, tampouco da pretensão executiva, mas apenas das parcelas vencidas há mais de cinco anos.

A propósito:

"ACIDENTÁRIA – Auxílio-acidente – Execução promovida após vários anos – Caso em que descabe o reconhecimento da prescrição intercorrente de modo a fulminar por inteiro a pretensão executória – Prescrição que atinge apenas as prestações vencidas no período anterior ao quinquênio que precedeu o requerimento do autor – Recurso parcialmente provido" (**TJSP, 16ª Câm. Dir. Publ, Agravo de Instrumento 2061180-51.2021.8.26.0000, Rel.: Cyro Bonilha, j. 05.11.2021**).

No mesmo sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação acidentária em fase de execução. Autarquia-ré condenada ao pagamento de auxílio-acidente. Inércia do exequente no cumprimento da obrigação de fazer. Embora iniciada em 2008 a fase de execução, o credor apenas em 2020 formulou pedido para implantação do benefício. Prescrição quinquenal reconhecida. Decisão mantida. Recurso desprovido" **(TJSP, 17ª Câm. Dir. Publ, Rel.: Francisco Shintate, j. 31.03.2022).**

Desta forma, não há que falar em prescrição da pretensão executória, observando-se, contudo, eventual prescrição quinquenal.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento parcial ao agravo de instrumento interposto pelo **Instituto Nacional do Seguro Social**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2267972-03.2022.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante EDNALDO DOS SANTOS MACENA REIS, é agravado MUNICÍPIO DE DIADEMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De-

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.418)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

PONTE NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RETIFICAÇÃO DE CERTIDÃO DE ÓBITO – DIREITO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE CARÁTER PÚBLICO (art. 5º, inciso LXXII, "b", da Constituição Federal) – Pretensão à expedição de ofício ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais para alteração da causa da morte – Possibilidade – Declaração da real *causa mortis* via processo judicial – Alteração do assentamento que excede mero erro material de imediata constatação (art. 110, da Lei nº. 6.015/73) – Decisão agravada reformada – Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por EDNALDO DOS SANTOS MACENA REIS em face da r. decisão reproduzida a fls. 57 que, nos autos da ação ordinária que move em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA indeferiu a expedição de ofício ao Cartório de Registro Civil para retificação da causa da morte do Sr. Edgar, para que passe a constar: "Hipertensão Intracraniana em decorrência de trauma de crânio", conforme reconhecido em sentença.

Alega o agravante que, apesar da procedência da ação indenizatória que moveu em face do Município, onde se reconheceu erro médico e a natureza diversa da causa morte inicialmente atestada, a r. decisão agravada indeferiu o pedido de expedição de ofício para retificação da certidão de óbito, sob a alegação de que a alteração do registro civil não está contida no pedido inicial. Ressalta que houve pedido expresso na inicial (fls. 23, item "c", do processo principal), devendo a r. decisão ser reformada.

Com tais argumentos, pede a procedência do recurso deferindo-se o pedido de expedição de Ofício para retificação da *causa mortis* do óbito do genitor do Agravante, nos termos do requerimento formulado na petição inicial.

Recurso processado com resposta a fls. 67/69.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

2. O recurso comporta provimento.

A ação subjacente foi proposta pelo agravante em face do Município de Diadema buscando: (i) indenização por danos morais em razão de erro médico que levou à morte o genitor do autor; (ii) "*que seja declarada a real causa da morte do genitor do Autor, expedindo-se a certidão de averbação para o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas da sede da comarca de Diadema*" - fls. 23, processo nº. 1005710-59.2018.8.26.0161.

Pois bem, após instrução e julgamento, a ação foi julgada procedente, constatando-se que houve erro médico, pela não adoção das cautelas necessárias no pronto atendimento do paciente, que o levaram à óbito.

Mais precisamente, o genitor do autor, Sr. Edgar Macena Reis, sofreu queda da própria altura vindo a bater a cabeça no chão, com perda momentânea de consciência, em 21/12/2015. Encaminhado a um primeiro atendimento no Hospital Municipal de Diadema foi dispensado apenas com prescrição de analgésicos sem realização de exames complementares, que seria a conduta padrão correta para o caso. Pelo agravamento da situação do Sr. Edgar, este foi conduzido ao Hospital Quarteirão da Saúde, no dia 22/12/2015, onde após realização de tomografia, foi contatado traumatismo com sangramento intracraniano não operável, vindo a falecer no dia 23/12/2023, pela seguinte causa: "hipertensão intracraniana em decorrência de trauma de crânio" (Laudo Pericial de fls. 300/04, do processo principal).

No entanto, no Instituto Médico Legal, a médica responsável pela liberação do corpo e verificação da causa da morte, no caso a Dra. Debora Adriana Pereira Jimenes, CRM – 134.829, constatou como *causa mortis* "carcinomatose, neoplasia maligna hepática", o que constou da certidão de óbito (fls. 39), que ora se busca retificar.

Pois bem, a r. sentença (fls. 325/28), considerando as conclusões do laudo pericial, em que se constatou negligência médica, julgou a ação procedente, limitando-se a condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais fixada em R$100.000,00 (cem mil reais).

Houve interposição de recurso de apelação ao qual foi negado provimento (acórdão de fls. 378/86).

Apesar de não constar da parte dispositiva da r. sentença, a retificação da Certidão de Óbito fazia parte do pedido inicial de forma expressa, e decorre naturalmente da procedência da ação. Assim, o autor peticionou ao Juízo *a quo* requerendo expedição de ofício ao Cartório de Registro das Pessoas Naturais de Diadema para tal fim (fls. 445).

A decisão agravada (fls. 446) indeferiu o pedido, por considerar que o mesmo não constitui objeto da lide.

Acesso ao Sumário

Em contraminuta o Município de Diadema alega que basta ao agravante requerer a retificação de registro civil diretamente ao Cartório, nos termos do art. 110, da Lei nº. 6.015/73, pois o erro configura a hipótese do inciso I, qual seja: "*erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção*".

Respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, o pedido de retificação do assentamento de óbito não é incompatível como o pedido principal, pelo contrário, é pedido acessório que decorre da procedência da ação.

E, além de haver pedido expresso neste sentido, conforme se verifica na petição inicial (fls. 23, item "c", do processo principal), verifica-se a existência de direito subjetivo do autor de ver retificado o registro de caráter público com dados verdadeiros (art. 5º, inciso LXXII, alínea "b", da Constituição Federal).

Em que pese o argumento do agravado de que bastaria simples petição ao Oficial de Registros para correção de erro material na certidão de óbito, não parece ser esta a solução viável, já que a alteração da *causa mortis* não constitui erro de constatação imediata, ao contrário, se fez necessário o provimento jurisdicional para declaração da real causa da morte, sendo a retificação do registro civil também um direito do autor, ora agravante.

Nestes termos, de rigor a reforma da r. decisão agravada, deferindo-se o pedido de retificação da certidão de óbito do Sr. Edgar Macena Reis, para que conste como causa da morte: "hipertensão intracraniana em decorrência de trauma de crânio".

O ofício ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas da Sede da Comarca de Diadema, deverá ser providenciado pela primeira instância. Remetam-se para as providências necessárias.

3. Pelo exposto, dou provimento ao recuso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2225074-72.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FRANCA EXPANSÃO S.A, é agravado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP.

ACORDAM, em 5ª 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 da Relatora, que integra este acórdão**. (Voto nº 32.928)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA

LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL – ENCARGOS DA MORA SOBRE O VALOR DEPOSITADO EM JUÍZO – Decisão que entendeu pela não incidência dos consectários legais sobre o valor do depósito judicial efetuado em garantia – Entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 677 que restou superado na Controvérsia nº 190: "Na execução, o depósito efetuado a título de garantia do juízo ou decorrente da penhora de ativos financeiros não isenta o devedor do pagamento dos consectários da sua mora, conforme previstos no título executivo, devendo-se, quando da efetiva entrega do dinheiro ao credor, deduzir do montante final devido o saldo da conta judicial." – JUROS MORATÓRIOS SOBRE A MULTA E HONORÁRIOS – ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL **– Decisão que entendeu pela não incidência de juros de mora sobre o valor das sanções previstas no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil – Juros de mora funcionam como sanção pelo adiamento no pagamento da obrigação, de forma que não devem incidir sobre a multa e os honorários em questão, que representam, eles próprios, assim como os juros de mora, a cominação pelo atraso no adimplemento da obrigação – Encargos previstos no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil que incidem sobre o valor do principal já acrescido dos consectários legais – Nova incidência que configuraria *bis in idem* – Decisão parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.**

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por FRANCA EXPANSÃO S/A. contra a decisão de fls. 1163 dos autos principais (ratificada a fls. 1185/1186 dos autos principais) que, no Cumprimento de Sentença Arbitral ajuizado em

Acesso ao Sumário

face de COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP, entendeu pela incidência de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir do levantamento dos depósitos, já que não mais existe a atualização bancária, até a data final da conta (julho/2021) e pela não incidência de juros moratórios sobre as sanções do artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil, reputando corretos os cálculos da executada e fixando como montante devido R$ 5.657.020,98, a título de multa e honorários advocatícios do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil, a ser depositado no prazo de quinze dias, sob pena de constrição forçada.

Alega a agravante, em síntese, que deve haver a incidência de juros e correção monetária sobre o valor da multa e dos honorários advocatícios previstos no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil, que decorrem do não cumprimento voluntário da obrigação dentro do prazo legal. Isso porque, todas as sanções e multas previstas no Código de Processo Civil estão sujeitas à correção monetária e juros moratórios, sob peba de beneficiar o devedor.

Sustenta, ainda, que deve haver a incidência de juros moratórios e correção monetária sobre o valor da obrigação principal depositado em juízo como garantia, até a data do efetivo pagamento, na medida em que a mera realização dos depósitos não isentaria a devedora de arcar com os consectários legais, já que não houve a imediata disponibilidade dos recursos ao credor da obrigação. Ressalta, ademais, que não há se falar em *bis in idem*, pois o valor corrigido dos depósitos judiciais, conforme disponibilizado pela instituição financeira, contempla correção monetária pela poupança, muito inferior aos consectários legais (correção pelo índice do TJSP e juros de 1% ao mês), e foi deduzido do valor atualizado do débito, nas respectivas datas.

Com tais argumentos, pede o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão agravada para: (i) reconhecer a possibilidade de incidência de correção monetária e juros moratórios sobre a multa e os honorários advocatícios previstos no art. 523, § 1º do Código de Processo Civil, desde a data do término do prazo para pagamento voluntário até a sua efetiva e integral liquidação pela agravada; e (ii) reconhecer a incidência de correção monetária pelo índice do Tribunal de Justiça e juros legais sobre o valor do débito principal até a data do efetivo e integral pagamento pela agravada, pois a mera garantia do juízo não faz cessar a incidência dos consectários legais e a atualização monetária pelo Banco do Brasil é muito inferior e não contempla juros moratórios.

O recurso foi distribuído por prevenção a esta Magistrada em razão do Agravo de Instrumento nº 2172133-19.2020.8.26.0000 (fls. 280).

Foi determinado o processamento do recurso (fls. 281/284) e a agravada apresentou contraminuta (fls. 292/302).

As partes manifestaram oposição ao julgamento virtual (fl. 287 e 290).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Cuida-se de cumprimento de sentença arbitral, na qual restou reconhecido o direito da agravante ao recebimento de indenização referente (i) aos custos indiretos em R$ 3.615.682,45, (ii) materiais adquiridos e não medidos em R$ 289.807,62, (iii) custos financeiros adicionais de R$ 4.647.011,62, (iv) indenização da quantia cobrada pela Caixa Econômica Federal, em decorrência da rescisão do contrato de financiamento, especificamente quanto aos juros, multas e consectários legais (custos financeiros), (v) indenização no valor de R$ 81.390.172,88, referente ao ativo imobilizado da obra objeto do contrato, (vi) custos do processo arbitral, honorários dos árbitros e ressarcimento dos honorários advocatícios da requerente no valor de R$ 100.000,00 (fls. 110/194 e 297/324 dos autos principais).

A executada foi intimada para o adimplemento voluntário da obrigação, no valor de R$ 118.890.176,24, no prazo de quinze dias, sob pena de o débito ser acrescido de multa de 10% (dez por cento) e honorários advocatícios de 10% (dez por cento), na forma do artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil (fls. 336 dos autos principais).

A executada depositou do valor de R$ 835.463,63, correspondente ao saldo complementar dos depósitos de R$ 92.356.909,94 e R$ 25.711.331,22, efetuados nos autos dos processos 5000621-51.2018.4.03.6113, da 3ª Vara Federal de Franca/SP, e 1104647-59.2019.8.26.0100, da 1ª Vara Empresarial de Conflitos de Arbitragem, pleiteando o seu recebimento como garantia do juízo, a fim de elidir a multa e os honorários advocatícios previstos no art. 523, § 1º do Código de Processo Civil, possibilitando a apresentação de impugnação (fls. 347/349 dos autos principais), e apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, com pedido de atribuição de efeito suspensivo (fls. 517/546 dos autos principais).

A credora apresentou requerimento de aplicação imediata da multa e dos honorários advocatícios previstos no artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil (fls. 798/806 dos autos principais) e manifestação sobre a impugnação (fls. 816/838 dos autos principais).

O Magistrado de primeira instância acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, apenas para declarar a não incidência da multa e dos honorários advocatícios previstos no artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil (fls. 840/843 dos autos principais).

Contra essa decisão foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2172133-19.2020.8.26.0000, ao qual foi dado parcial provimento para "*determinar a incidência da multa e dos honorários advocatícios previstos no § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil, apenas sobre os valores dos depósitos judiciais realizados e transferidos para os presentes autos, nos montantes de R$*

Acesso ao Sumário

835.463,63 e R$ 26.417.685,27".

Referido acórdão restou assim ementado:

***"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Parcial acolhimento da impugnação apresentada pela devedora – Credora que pretende acrescer ao débito a multa e os honorários advocatícios previstos no § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil – Orientação do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é imprescindível o pagamento tempestivo da parte incontroversa do débito para afastar a incidência da multa e dos honorários advocatícios previstos no dispositivo em questão – Decisão parcialmente modificada, para determinar a incidência da multa e dos honorários advocatícios previstos no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil, sobre os valores depositados e transferidos para os autos – Não incidência das referidas penalidades sobre o valor depositado e levantado nos autos de ação executiva que tramitou perante a Justiça Federal – Hipótese de pagamento parcial da dívida – Multa de 10% que não integra a base de cálculo dos honorários advocatícios – Recurso parcialmente provido."* (Agravo de Instrumento nº 2172133-19.2020.8.216.0000 – 5ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. MARIA LAURA TAVARES – j. 21/06/2021).**

A exequente requereu a intimação da SABESP para depósito de R$ 7.296.755,06, sendo R$ 3.648.377,53 a título de multa e R$ 3.648.377,53 a título de honorários advocatícios previstos no artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil, além do saldo da dívida principal no montante de R$ 6.991.393,82, totalizando R$ 14.288.148,88 (fls. 1023/1040 dos autos principais).

A executada apresentou manifestação, alegando: i) ilegitimidade de parte; ii) violação aos limites do título executivo (consectários e diferença da dívida principal); iii) divergência nas datas-bases e valores históricos; e iv) falta de trânsito em julgado. Apontou como devida a quantia de R$ 5.657.020,98 e requereu o sobrestamento do feito até decisão dos recursos interpostos ou a remessa dos autos ao contador (fls. 1066/1110 dos autos principais).

Acesso ao Sumário

A exequente refutou as alegações da executada e reiterou o pedido de intimação para depósito da multa, honorários advocatícios e saldo remanescente do débito principal (fls. 1114/1139 dos autos principais).

A executada apresentou nova manifestação (fls. 1143/1162 dos autos principais) e a exequente requereu a intimação da SABESP para o depósito imediato da quantia incontroversa (fls. 1153/1162 dos autos principais), sobrevindo a decisão agravada (fls. 1163 dos autos principais).

O recurso comporta parcial provimento, a fim de acolher o argumento de que os depósitos efetuados em garantia não isentariam o devedor dos encargos

decorrentes da mora.

O C. Superior Tribunal de Justiça possuía o entendimento sedimentado no Tema Repetitivo 677 de que "*na fase de execução, o depósito judicial do montante (integral ou parcial) da condenação extingue a obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada*".

Entretanto, o referido entendimento restou superado na Controvérsia 190 do Superior Tribunal de Justiça, na qual se buscava "*definir se, após realizado o depósito do valor exequendo, cessaria para o devedor todos os efeitos da mora ou se subsistiria responsabilidade em razão da diferença entre o valor depositado e o montante da condenação, calculado com os consectários legais, na forma do título executivo*".

A referida Corte, em sessão plenária do Órgão Especial, realizada em 19 de outubro de 2022, concluiu o julgamento e modificou o conteúdo do Tema 677, o qual passou a constar o seguinte teor:

> ***"Na execução, o depósito efetuado a título de garantia do juízo ou decorrente da penhora de ativos financeiros não isenta o devedor do pagamento dos consectários da sua mora, conforme previstos no título executivo, devendo-se, quando da efetiva entrega do dinheiro ao credor, deduzir do montante final devido o saldo da conta judicial."***

A Ministra Relatora Nancy Andrighi, cujo voto foi vencedor, distinguiu o depósito feito em ação de consignação em pagamento, que extingue a relação jurídica material, daquele feito no bojo na fase executiva, que tem escopo meramente processual de suspensão dos atos constritivos ou do curso da execução. Dessa forma, como nesse último caso os efeitos são processuais, perduram os deveres relativos à relação material e, com isso, os encargos decorrentes da mora.

Dessa forma, assiste razão ao agravante quanto ao direito de atualizar a quantia devida, de acordo com os consectários de mora contratualmente previstos, até a data do efetivo recebimento dos valores depositados em garantia pelo executado. O montante devido, entretanto, deve ser deduzido da quantia paga pela instituição depositária.

Por outro lado, não assiste razão ao agravante no que diz respeito à incidência de juros de mora sobre a multa e os honorários advocatícios previstos no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

Inicialmente, cumpre registrar que a SABESP não impugnou o cômputo de correção monetária sobre tais sanções, mas tão somente quanto à incidência de juros moratórios (fls. 292/302). O mesmo entendimento é extraído da petição de fls. 1143/1151 dos autos de origem, com destaque à fl. 1149, na qual impugna os cálculos apresentados pela ora agravante.

Acesso ao Sumário

Pois bem, o objetivo das sanções previstas no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da obrigação assumida perante o credor.

Dessa forma, as referidas sanções não são um fim em si mesmas, mas o meio, que só existe e se justifica para o efetivo adimplemento do débito, não se prestando, portanto, a compensar o credor pela resistência do devedor em cumprir a obrigação.

Por sua vez, os juros de mora funcionam como uma sanção pelo adiamento culposo no pagamento de quantia certa, de forma que não devem incidir sobre a multa, porque ela própria representa – assim como os juros de mora – a cominação pelo atraso no adimplemento da obrigação.

Os juros de mora estão para a obrigação de pagar quantia certa como a multa está para a obrigação principal, ou seja, ambas são consequências do atraso no cumprimento da prestação. Logo, aceitar a incidência dos juros moratórios sobre a multa seria admitir a existência de verdadeira "mora da mora", o que configuraria evidente *bis in idem*.

Reforça este entendimento o fato de que a multa e os honorários incidem sobre o valor total e atual da condenação, isto é, sobre o valor da obrigação, acrescido de *juros de mora* e correção monetária.

Admitir a nova incidência de juros de mora sobre o valor da multa e dos honorários advocatícios acarretaria *bis in idem*, na medida em que, como mencionado, na sua base de cálculo (valor do débito) já há a majoração pelos consectários legais.

Nesse sentido, já se manifestou a 3ª Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, para quem "*não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar bis in idem*" (STJ. 3ª Turma. REsp 1327199/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/04/2014).

Assim, é indevido o acréscimo de juros de mora sobre as sanções previstas no artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil, por configurar *bis in idem* em relação aos juros de mora incidentes sobre o débito principal, que é a base de cálculo da multa e dos honorários advocatícios do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, merece ser parcialmente reformada a decisão agravada.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição dos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2224678- 95.2022.8.26.0000, da Comarca de São Pedro, em que é agravante EDILSON BATISTA BRUNOSSI, é agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ FELIPE NOGUEIRA (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2023.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: AÇÃO ACIDENTÁRIA – Isenção de custas – Art. 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 e art. 7º, inciso II, da Lei Estadual nº 11.608/03 – Gratuidade que independe de comprovação da necessidade – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação acidentária proposta por Edilson Batista Brunossi contra o INSS, determinou que o autor demonstrasse, no prazo de 15 dias, sua hipossuficiência, apresentando prova documental a respeito da sua atual renda, ou comprovasse o recolhimento das custas judiciais, no prazo de 15 dias, a fluir do primeiro dia útil após o último dia do prazo anteriormente concedido, sob pena de extinção do feito sem resolução de mérito (art. 102, parágrafo único, do novo CPC), por ausência de pressuposto processual, sem nova intimação.

Pretende o agravante a reforma da decisão. Alega não possuir condições financeiras de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo do seu sustento e do de sua família, ressaltando que sua renda mensal não ultrapassa três salários-mínimos federais. Afirma, ainda, que os segurados do INSS são isentos do pagamento das custas judiciais nas ações acidentárias, nos termos dos arts. 7º, inciso II, da Lei Estadual nº 11.608/03 e 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91. Por fim, aduz que o fato de estar assistido por advogado particular não o exclui do rol dos beneficiados pela Lei nº 1.060/50. Tece considerações a respeito da matéria, mencionando jurisprudência que reputa respaldar sua pre-

Acesso ao Sumário

tensão.

Atribuiu-se efeito suspensivo ao recurso para dispensar o agravante da apresentação dos documentos indicados, bem como do recolhimento das custas judiciais, até o pronunciamento da Câmara.

Processado o recurso, a parte contrária não apresentou resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Inicialmente, cabe observar que os autores das ações acidentárias, busquem eles a concessão ou a revisão de benefício acidentário, equiparam-se aos beneficiários da justiça gratuita, não havendo necessidade de concessão de assistência judiciária para o acesso à justiça.

Conforme estabelece o art. 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, as ações acidentárias são isentas de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência, não estando a isenção condicionada à observância do rito sumário.

Cabe acrescentar que o art. 7º, inciso II, da Lei Estadual nº 11.608/03 estabelece a não incidência da taxa judiciária nas ações de acidente do trabalho.

Dentro desse quadro, é de ser preservada a gratuidade legalmente conferida ao autor.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012146-97.2018.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante/apelada VERA LÚCIA PEDROSO, é apelado/apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré desprovido e parcialmente provido o recurso da SPPREV. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.120)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), KLEBER LEYSER DE AQUINO e JOSÉ

LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PENSIONISTA. FILHA SOLTEIRA. PENSÃO POR MORTE EM RAZÃO DO FALECIMENTO DO PAI. CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO. UNIÃO ESTÁVEL CONSTATADA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES. Constatou-se a má-fé no presente caso e, portanto, regular o ato administrativo que determina a devolução dos valores recebidos. Termo inicial da prescrição quinquenal. Aplicação da teoria "actio nata". Incidência de correção monetária e juros de mora, observando-se as teses do STF (Tema 810) e do STJ (Tema 905). Verba honorária adequadamente arbitrada, estando de acordo com os parâmetros da legislação processual vigente. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré desprovido e parcialmente provido o recurso da SPPREV.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de cobrança proposta por São Paulo Previdência - SPPREV em face de Vera Lúcia Pedroso, objetivando a devolução de valores pagos indevidamente à requerida referente a pensão por morte de seu genitor, no período de março de 2013 a março de 2016, pelo fato de ter sido constatado em processo administrativo que convive em união estável.

A r. sentença de fls. 174/179, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a requerida reconvinte a devolução a autora dos valores percebidos indevidamente, a título de benefício previdenciário, a partir da parcela paga em março de 2013, observando-se prescricional quinquenal contado retroativamente do ajuizamento da ação, com correção monetária pelo IPCA-E, a partir do recebimento de cada prestação, e incidência de juros de mora, devidos desde a citação, com base no índice oficial da caderneta de poupança (Lei nº 9.494/97, lei 11.960/09 e suas alterações posteriores), tudo conforme o decidido pelo E. STF no julgamento do tema nº 810. Por consequência, julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC. Considerando que a parte vencedora decaiu de parte mínima do pedido, o perdedor responderá, por inteiro, pelas custas, despesas processuais e honorários advocatícios (*ex vi* art.

Acesso ao Sumário

86, parágrafo único, do CPC), arbitrados estes em 10 % (dez por cento) do valor total da condenação, sobre os quais incidirão correção e juros legais.

Apelou a ré (fls. 182/189) pugnando pela reforma da sentença, a fim de que os pedidos sejam julgados improcedentes. Requer o deferimento do benefício da gratuidade de justiça.

Apelou também a SPPREV (fls. 199/206) pugnando pela alteração do termo inicial da prescrição quinquenal. Aduz que o termo inicial é a data do relatório constante do Processo Administrativo SPPREV 5238/2016, que foi lavrado em 17 de agosto de 2016. Pugnam também a incidência dos juros de mora a partir do evento danoso, por se tratar de ressarcimento decorrente de ato ilícito. Por fim, requer a majoração da verba honorária em 15 % do valor dado à causa.

Contrarrazões (fls. 212 e fls. 213/222).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Inicialmente, no que tange ao pedido de gratuidade de justiça da ré Vera Lúcia Pedroso, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, prevê assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Na esfera infraconstitucional, verifica-se que a Lei nº 1060/50 foi parcialmente revogada pela superveniência do Novo Código de Processo Civil (artigo 1.072, inciso III).

Desta forma, a legislação que passa a reger a matéria é o Novo Código de Processo Civil, que em seu artigo 98 estabelece que "*A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei*."

O artigo 99, § 3º do Novo Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece que "*Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*."

Acesso ao Sumário

Desta forma, infere-se que o novo compêndio processual trouxe uma presunção que é relativa, de modo que poderá ser desconstituída a qualquer momento do processo, mediante a apresentação de prova em contrário pela parte adversa, ou pelo juiz, de ofício. Assim, a declaração de pobreza, por si só, não autoriza o deferimento da gratuidade da justiça, de modo que tal declaração deverá ser analisada em conjunto com os demais elementos carreados aos autos.

É em razão disso que o § 2º, do já mencionado artigo 99, estabelece que "*O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do*

preenchimento dos referidos pressupostos."

No presente caso, a ré Vera Lúcia Pedroso logrou êxito em demonstrar a alegada insuficiência de recursos, uma vez que é doméstica e isenta do IR, consoante se verifica da documentação acostada às fls. 234/239.

Passo ao exame do mérito.

Deve-se analisar se a extinção do benefício da ré foi legalmente decretada e se houve má-fé para fins de devolução dos valores recebidos.

O art. 11 da Lei Estadual nº 4.832/58, vigente à época da concessão do benefício, determinava que:

"Artigo 11 - São beneficiários obrigatórios:

(...)

c) as filhas solteiras;"

De outro lado, o art. 19 da citada legislação estabelecia que o casamento é causa de perda da condição de beneficiário.

"Artigo 19 - Extingue-se o direito do beneficiário à percepção da pensão, além de nos casos expressamente previstos por esta lei:

(...)

II - pelo casamento;

Parágrafo único - Aquele que perder a qualidade de beneficiário, não a restabelecerá."

No presente caso, restou vastamente comprovado nos autos que a ré manteve união estável com o Sr. Benedito.

Consoante muito bem observado pelo Juízo:

"Os elementos probatórios reunidos nos autos são suficientes a demonstrar a existência de relação amorosa, duradoura, pública e com fins de constituição familiar, com o senhor Benedito.

Em documento de fls. 34, a requerida reconheceu que manteve por um período de 10 anos (1979 a 1989), relação amorosa com o senhor Benedito, que resultou no nascimento de três filhos. Tais fatores, por si só, afastam a alegação da requerida no sentido de que a relação amorosa aduzida não seria estável, pois perdurou por longuíssimo lapso temporal (10 anos), assim como resultou no nascimento de três filhos. É fato notório e decorrente daquilo que se observa ordinariamente que relacionamentos fugazes possuem interregno temporal curto e podem vir a gerar um filho inesperado, não mantendo as partes mais contatos a partir de então, ou apenas para tratativas relacionadas a criação e manutenção do rebento. Não foi o que ocorreu, evidentemente.

A publicização do enlace amoroso também existiu, tanto que a testemunha Maria Rita Mafa, a fls. 163, declarou que é vizinha da autora desde criança e conhecia o senhor Benedito exatamente por manter relacionamento amoroso com a requerida.

Acesso ao Sumário

O fato de o senhor Benedito não ter residido com a requerida e com os filhos, o que restou denotado pelo relatório social de fls. 21 e pelo testemunho de Maria Rita Mafa, não afasta a configuração da união estável."

Assim, não há nulidade no ato administrativo que extinguiu o benefício da autora.

No que tange à determinação de devolução dos valores recebidos, também não há ilegalidade, porquanto restou caracterizada a má-fé da autora, já que por diversas vezes declarou à requerida estar solteira e não possuir relação de união estável.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

*RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – POLICIAL MILITAR – BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE – EXTINÇÃO – UNIÃO ESTÁVEL MANTIDA PELA BENEFICIÁRIA – **PRETENSÃO AO RESTABELECIMENTO DO REFERIDO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DOS VALORES PERCEBIDOS PELA BENEFICIÁRIA ANTERIORMENTE À UNIÃO ESTÁVEL – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DAS RESPECTIVAS DIFERENÇAS PECUNIÁRIAS – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – IMPOSSIBILIDADE**. 1. 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 (Súmula nº 340, da jurisprudência dominante e reiterada do C. STJ). 2. O óbito do instituidor do benefício, na hipótese dos autos, ocorreu na vigência da Lei Estadual nº 452/74. 3. **União estável, mantida pela parte autora, comprovada e não comunicada ao instituto previdenciário. 4. Possibilidade de extinção do referido benefício previdenciário, reconhecida, com a restituição dos valores recebidos indevidamente, após a instituição da união estável.** 5. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive, desta C. 5ª* Câmara de Direito Público. 6. *Ação de procedimento comum, julgada parcialmente procedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 7. Sentença recorrida, reformada. 8. Ação julgada improcedente, invertido o resultado inicial da lide. 9. Ficam mantidos os ônus decorrentes da sucumbência originais. 10. Recurso de apelação, apresentado pela parte ré, provido. 11. Recurso de apelação, oferecido pela parte autora, prejudicado.*

(TJSP; Apelação Cível 1004049-*44.2019.8.26.0053; Relator: Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª* Câmara de Direito Público; Foro Central - *Fazenda Pública/Acidentes - 8ª* Vara de Fazenda Pública*; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 07/07/2020).*

APELAÇÃO. Ação de cobrança. Pensionista de servidor estadual militar. Filha solteira. Cassação do benefício. Ação principal na qual objetiva a autarquia previdenciária a devolução dos valores que alega haverem sido

Acesso ao Sumário

recebidos indevidamente pela pensionista. Sentença de primeiro grau que julgou procedente em parte o pedido veiculado na ação principal. 1. Prescrição. Não configuração. Prazo de 10 (dez) anos previsto na Lei Estadual nº 10.177/98 para a Administração anular seus atos inválidos que tem por termo inicial a constatação de situação de fato que implique a anulabilidade ou nulidade do ato administrativo. 2. ***União estável evidenciada. Causa extintiva da obrigação de pagamento da pensão. Elementos constantes dos autos que permitem concluir pela cassação do benefício de pensão por morte que se mostra plausível, ante os fortes indícios de convivência em união estável . 3. Restituição dos valores recebidos a título de pensão após a contração de união estável. Cabimento. Má-fé da beneficiária configurada ante a declaração, quando do recadastramento, de que não vivia em união estável****. Precedentes desta Corte. 4. Recurso da autora provido e recurso da requerida não provido.*

(TJSP; Apelação Cível 1014845-39.2018.8.26.0309; Relator: Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data *do Julgamento: 30/01/2020; Data de Registro: 30/01/2020).*

APELAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA DE POLICIAL MILITAR. CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. União estável configurada. Causa extintiva do benefício previdenciário. Equiparação entre união estável e casamento feita pelo E. Supremo Tribunal Federal que não constitui violação à Súmula 340 do C. STJ. Requisitos do art. 1723 do Código Civil ora preenchidos. ***DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS. Autora que agiu de má-fé ao omitir o estado civil correto e indicar estar solteira na via administrativa****. Inexistência de prescrição parcelar. Sentença de improcedência revista. Recurso de apelação provido.*

(TJSP; Apelação Cível 1038620-46.2016.8.26.0053; Relatora: Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; *Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª* Vara de Fazenda Públi*ca; Data do Julgamento: 07/11/2019; Data de Registro: 07/11/2019).*

RECURSO DE APELAÇÃO – PENSÃO POR MORTE – FILHA SOLTEIRA DE MILITAR – CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – CARACTERIZADA MÁ-FÉ. Trata-se de ação comum em que a autora requer o restabelecimento de pensão por morte, extinta pela SPPREV por ter constituído união estável na vigência do benefício. Prazo decadencial que não se aplica em caso de má-fé da beneficiária. Inteligência do art. 54, caput da Lei Federal n.º 9.784/1999. Caracterizada a má-fé no fornecimento de informações falsas à SPPREV, com vistas à manutenção do benefício. Instaurado o devido procedimento administrativo, foi localizado junto ao INSS o registro de benefício de pensão por morte previdenciária sob o nome da autora, na qualidade de companheira de Pedro Passo Julio. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1013328-05.2016.8.26.0071; Relator: Nogueira Diefenthaler; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de B*auru - 1ª* Vara da Fazenda Pública*; Data do Julgamento: 14/02/2018; Data de Registro: 14/02/2018);*

Com relação ao termo inicial da prescrição quinquenal, deve ser considerada a teoria da *actio nata*, na qual o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular.

Nesse sentido:

*"PREVIDENCIÁRIO – Pensão por morte – Militar – Filha solteira – Constituição de união estável – Benefício – Cassação – Má-fé – Demonstração – Devolução dos valores recebidos indevidamente – Prescrição – **Termo inicial – Parecer prolatado no processo administrativo – Possibilidade: O termo inicial da devolução dos valores de pensão por morte indevidamente recebidos é a data do parecer no processo administrativo em que determinada a cassação do benefício**. Sobre o débito, aplica- se a regra geral dos juros de 1 % ao mês."*

(TJSP; Apelação Cível 1001130-55.2019.8.26.0062; Relatora: Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; *Foro de Bariri - 1ª* Vara; Data do Julgamento: 07/01/2022; Data de Registro: 07/01/2022*).*

*"Apelação. Pensão por morte. Filha de Policial Militar. Suspensão do benefício de pensão por morte, motivada pela constituição de união estável pela parte beneficiada. Equiparação da uni*ão estável ao casamento, para f*ins de aplica*ção da Lei Estadual nº 45*/74. Inteligência do art. 266, § 3 º da CF/88. Insubsistência das alegações de prescrição do direito da administração ao ressarcimento do valor pago. **Teoria da actio nata. Termo a quo que se inicia da decisão em processo administrativo que reconhece a união estável da pensionista.** Repetição de valores recebidos. Hipótese que não corresponde à inadequada interpretação de lei ou erro da Administração, mas na omissão da existência de união estável. Precedentes. Sentença mantida. Recurso não provido."*

(TJSP; Apelação Cível 1053280 - 11.2017.8.26.0053; Relatora: Paola Lorena; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazend*a Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/01/2021; Data de Registro: 29/01/2021).*

Acesso ao Sumário

Assim, o termo inicial do prazo quinquenal previsto no Decreto 20.910/32, nos termos do princípio da *actio nata*, é a data em que se constatou a ocorrência da infração, ou seja, da data do relatório constante do Processo Administrativo SPPREV 5238/2016, que foi lavrado em 17 de agosto de 2016.

Quanto aos juros de mora, devem ser contados da citação, como fixado na sentença.

Ainda, em relação à correção monetária e aos juros de mora, o Supremo

Tribunal Federal, em 20/9/2017, julgou o mérito do Recurso Extraordinário nº 870.947, submetido à sistemática da Repercussão Geral nº 810, dando parcial provimento àquele recurso, nos seguintes termos:

> *"quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º,* XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, *sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017." (destaquei)*

Assim, e diante da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à matéria, e que, no presente caso, a expedição do requisitório ainda não ocorreu, bem como que se trata de matéria não tributária, forçoso vislumbrar-se a plausibilidade da aplicação integral ao caso dos autos dos termos circunscritos à tese firmada pelo STF no âmbito do Tema nº 810 tal como proferidos.

Ademais, segundo decidido pela Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça em relação à aplicabilidade e natureza das Leis nº 11.960 e 9.494, em julgamento de caso análogo, "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*", conforme se vê:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.*
>
> *[...]. 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. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificando pela Med. Prov. 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo art. 5º da Lei 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação." (EREsp 1207197/RS; Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado: 18/05/2011) .*

Essa mesma Corte Especial do C. STJ igualmente firmou, ao enfrentar a questão submetida a julgamento para definir a possibilidade de aplicação imediata da Lei nº 11.960 às ações ajuizadas antes de sua vigência, disposta no REsp nº 1.205.946/SP, de relatoria do eminente Min. Benedito Gonçalves, a tese segundo a qual:

Acesso ao Sumário

*"Os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública ap*ós a entrada em vigor da Lei 11.960/*09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente."*

No mais, conforme salientado, o Tema nº 905 já foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos, quanto à correção monetária:

"Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza".

E quanto aos juros de mora:

*"Juros de mora: o art. 1º-*F da Lei 9.494/97 (*com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária"*

Desse modo, de rigor a adequação em face do julgamento pelo E. STJ dos recursos especiais afetados pelo Tema nº 905, apenas para, atendendo-se também à tese firmada pelos Temas nº 491 e 492 no âmbito dessa mesma Corte Superior, aplicar os seguintes índices à espécie, por se tratar de condenação judicial referente a servidores:

"(a) até julho/2001: juros de mora: 1 % ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5 % ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA- E".

Por fim, os honorários sucumbenciais foram adequadamente fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC, não comportando alteração.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao recurso da SPPREV.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015501-46.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIZA CER-

NIAUSKAS, é apelado UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP.

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 22.770)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), ANA LIARTE e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – VESTIBULAR – FUVESTE 2022 – APROVAÇÃO NA 3ª OPÇÃO – LISTA DE ESPERA DA 1ª E 2ª OPÇÃO – Pretensão inicial da impetrante voltada à concessão da ordem se segurança para que seja restabelecida sua participação na lista de espera para acesso ao curso de Direito no Largo São Francisco (1ª e 2ª opção do vestibular de Direito) – Inadmissibilidade – O Manual do Vestibular é expresso quanto à condição de o candidato não estar matriculado em nenhum curso para poder participar da lista de espera, o que absolutamente não é o caso da impetrante – Hipótese vertente em que a impetrante se matriculou para o curso de Ribeirão Preto no dia 14.02.2022 (confirmando a matrícula no dia 15.03.2022), motivo pelo qual não mais poderia concorrer na lista de espera para os cursos em que se inscreveu como 1ª e 2ª opção – Ausência de qualquer ilegalidade na conduta adotada pela autoridade coatora, que se pautou nas regras do certame, aplicáveis a todos os candidatos indistintamente – Sentença denegatória da ordem de segurança mantida – Recurso da impetrante não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **LUIZA CERNIAUSKAS**, nos autos do "mandado de segurança" por ela impetrado contra ato dito coator do **PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP**, tendo a ordem de segurança sido denegada pelo Juízo "a quo",

Acesso ao Sumário

sob o fundamento de que não houve qualquer irregularidade na hipótese, vez que a impetrante se matriculou para o Curso de Direito no Campus de Ribeirão Preto aos 14.02.2022 e, em virtude disso, não poderia manifestar interesse em compor lista de espera para o curso no campus do Largo São Francisco. Sucumbente, a impetrante foi condenada a arcar com o pagamento das custas, sem verba honorária, consoante r. sentença de fls. 173/175, cujo relatório se adota.

Em suas razões (fls. 178/185), sustenta a impetrante que o edital, tal como escrito, gera confusão nos candidatos, pois não deixa claro qual o procedimento para concorrer às listas de espera. Aduz que foi indevidamente retirada da lista de esperar quando faltavam 2 posições para a sua convocação do Curso de Direito do Campus do Largo São Francisco, e que tal ilegalidade não pode ser perpetuada. Ao final, requer o provimento do recurso, com a consequente reforma da r. sentença de primeiro grau para que seja concedida a ordem de segurança pleiteada na inicial.

Recurso regularmente processado, preparado (fls. 186/187), e respondido (fls. 195/202).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Colhe-se dos autos que a impetrante se inscreveu no vestibular para o ingresso no **curso de Direito na Universidade de São Paulo** referente ao ano de **2022**, tendo como primeira e segunda opção o curso de Direito no Largo São Francisco (manhã e noite, respectivamente) e como terceira opção o curso no campus de Ribeirão Preto.

Aduz que em 1ª chamada foi aprovada dentro das vagas para 3ª opção, ou seja, para o curso no campus de Ribeirão Preto.

Foi convocada e efetuou a matrícula no dia 14.02.2022, com opção de aguardar a lista de esperar para que pudesse ingressar na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (1ª ou 2ª opção), seu sonho.

Após a 2ª e a 3ª chamadas, ficou apenas a duas posições de ingressar na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, motivo qual pretendia continuar aguardando a lista de esperar.

Ocorre que, seguindo as instruções passadas pelos servidores da Seção de Matrículas da USP no dia 07.03.2022, a impetrante confirmou sua matrícula no campus de Ribeirão Preto em 15.03.2022, mas, ao fazer isso, deixou de integrar a lista de esperar referente Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

A impetrante, contudo, não se conformou com a exclusão na lista de espera.

Enfatizou que somente realizou a confirmação da matrícula para o campus de Ribeirão Preto em razão das orientações fornecidas pela Central de Ma-

Acesso ao Sumário

tríc ulas, acrescentando que sua exclusão na lista de espera para o Largo São Francisco implicará despesas que não poderão ser arcadas pela família, pois não tem condições de estudar em cidade tão distante como Ribeirão Preto.

Considerou o ato de exclusão desproporcional e desarrazoado, pois bastavam duas vagas para ingressar na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, quando foi impedida, por conta de informações desencontradas da servidora que instruiu os procedimentos.

Nesse contexto, por não ter logrado êxito em resolver o problema na esfera administra, a estudante LUIZA CERNIAUSKAS impetrou o presente mandado de segurança em face do PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP pleiteando, em síntese, a concessão da segurança para que seja restabelecida sua participação na lista de espera para acesso ao curso de Direito no Largo São Francisco (fls. 01/21).

Na sentença, contra a qual se insurge a impetrante, a ordem de segurança foi denegada pelo Juízo *a quo*, sob o fundamento de que não houve qualquer irregularidade na hipótese, vez que a impetrante se matriculou para o Curso de Direito no Campus de Ribeirão Preto aos 14.02.2022 e, em virtude disso, não poderia manifestar interesse em compor lista de espera para o curso no campus do Largo São Francisco. Sucumbente, a impetrante foi condenada a arcar com o pagamento das custas, sem verba honorária.

Pelo que se depreende dos autos, o recurso **não** comporta acolhimento.

Pois bem, de acordo com o cronograma do Manual de Candidatos da FUVEST 2022, os candidatos a matrícula (primeira etapa virtual) poderia ser realizada em três momento distintos:

- 1ª chamada, divulgação em 11.02.2022; matrícula de 14.02.22 a 17.02.2022

- 2ª chamada, divulgação em 25.02.2022; matrícula de 25.02.22 a 28.02.2022

- 3ª chamada, divulgação em 07.03.2022; matrícula de 08.03.22 a 09.03.2022

Após essas três etapas, todos os candidatos convocados nas três chamadas regulares seriam chamados para a etapa virtual de confirmação de matrícula, entre os dias 14.03.2022 a 16.03.2022 (fls. 42).

Em seguida, do dia 25.03.2022 a 13.04.2022 seriam realizadas as três chamadas dos candidatos me lista de espera, com possibilidade de matrícula em eventual vaga não preenchida anteriormente.

Na hipótese vertente, a impetrante foi aprovada em 1ª chamada para a 3ª opção de curso de Direito, ou seja, para o campus de Ribeirão Preto.

Matriculou-se no dia **14.02.2022** de acordo com a opção do edital de-

Acesso ao Sumário

nominada "M" – "*Matriculado aguardando nova convocação (M)*", o que lhe permitia efetuar a matrícula para a qual foi convocada (Campus de Ribeirão Preto) e concorrer nas duas chamadas subsequentes às outras opções de curso indicadas no ato de inscrição (Campus do Largo São Francisco, período matutino ou noturno).

Ocorre que a impetrante **não** foi convocada nem na 2ª e nem na 3ª chamada para o curso de Direito do Largo São Francisco.

Diante disso, com o escopo de não perder a oportunidade, aos **15.03.2022** a impetrante confirmou sua matrícula no Curso de Direito do Campus de Ribeirão Preto (fls. 24).

Segundo alega a impetrante, uma semana antes, especificamente no dia 07.03.2022, teria entrado em contato com o Setor de Matrículas, que supostamente a orientou a confirmar a matrícula e posteriormente aguardar a lista de espera para o curso no Campus do Largo São Francisco.

Ao confirmar a matrícula, contudo, foi excluída e impedida de participar da lista de espera.

Em que pese o respeito ao entendimento da impetrante, o atendimento na Central de Matrículas – que sequer foi efetivamente comprovado nos autos deste mandado de segurança – **não** teve qualquer interferência na sua exclusão da lista de espera, pois a partir do momento em que a impetrante se matriculou no Campus de Ribeirão Preto aos 14.02.2022, automaticamente deixou de ter direito de participar da lista de espera.

Isso porque, de acordo com o Manual de Candidatos da FUVEST 2022, apenas candidatos **não** matriculados poderiam optar por compor uma lista de espera; "*Os candidatos que cumpriram satisfatoriamente todas as exigências do Concurso Vestibular e que **não** estejam matriculados em algum curso poderão manifestar interesse em compor uma Lista de Espera*" (fls. 83).

Como se vê, o Manual é expresso quanto à condição de o candidato **não** estar matriculado em nenhum curso para poder participar da lista de espera, o que absolutamente não é o caso da impetrante, tendo em vista que se matriculou para o curso de Ribeirão Preto no dia **14.02.2022**, ou seja, muito antes de buscar atendimento junto à Central de Matrículas, no dia **07.03.2022**.

Tal como exposto, a matrícula foi efetivamente realizada no dia 14.02.2022, e tão somente confirmada um mês depois, no dia 15.03.2022.

Ao contrário do que deduzido pela impetrante, as regras do vestibular são claras e válidas para todos os candidatos, em prestígio à isonomia, motivo pelo qual não podem ser flexibilizadas para atender ao interesse de um único interessado, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da impessoalidade.

Assim, a partir do momento em que a impetrante realizou a matrícula para o Curso de Direito no Campus de Ribeirão Preto **e**, na 2ª e 3ª chamadas, **não** foi

Acesso ao Sumário

convocada para o Curso do Campus do Largo São Francisco, **não mais poderia participar da lista de espera**, da qual somente poderiam participar quem não estivesse matriculado em qualquer curso na Universidade de São Paulo.

Tal como muito bem observado pelo Juízo *a quo*:

"Como bem destacado nas informações, ao optar pela modalidade" Matriculado aguardando nova convocação [M]", a impetrante poderia efetuar a matrícula para a qual foi convocada e concorrer nas chamadas subsequentes das outras opções decurso indicadas no ato de inscrição. Ocorre que a impetrante não foi convocada nem na primeira e nem na segunda chamada para o curso do Largo São Francisco.

Os questionamentos quanto à razoabilidade das normas para ingresso não subsistem, pois estas se inserem no âmbito da autonomia universitária. Cabe aos candidatos, estarem atentos aos procedimentos estipulados pela Universidade, realizando ou não a matrícula, da maneira que mais atenda a seus interesses pessoais. As regras valem para todos os candidatos, em prestígio à isonomia, que, assim como a impetrante, dedicaram-se aos estudos com afinco" (fls. 174, gn).

Com isso, tendo em vista que o mandado de segurança constitui remédio constitucional voltado a amparar **direito líquido** e **certo**, sendo este "*o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento de impetração*", ou seja, "*há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante*"[1], era mesmo de rigor a **denegação** da ordem de segurança pretendida, merecendo ser integralmente mantida a r. sentença de primeiro grau, tal como lançada.

Não há condenação ao pagamento de honorários, consoante inteligência do art. 25, da Lei 12.016/09 e da Súmula 512, do STF.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da impetrante, de modo a **MANTER** integralmente a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016405-71.2019.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante ASSOCIAÇÃO FEMININA DE MARÍLIA - MATERNIDADE E GOTA DE LEITE, são apelados MUNICÍPIO DE VERA CRUZ e ESTADO DE SÃO PAULO.

1 AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 447.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U., sustentou o Dr. Matheus da Silva Druzian, OAB: 291135/SP e o Douto Procurador de Justiça Sérgio Turra Sobrane que reiterou parecer anterior", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.112)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de dezembro de 2022.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA Relator

Ementa: Apelação – Ação de inexigibilidade de débito – Convênio firmado entre município e associação – Parte da prestação de contas não aprovadas pelo Tribunal de Contas Paulista para o exercício de 2011, representando um débito inscrito em dívida ativa – Pretende-se o reconhecimento da inexigibilidade do débito, uma vez que os servidos de saúde foram prestados em favor da municipalidade, ainda que estranhos ao objeto do convênio – Não acolhimento – A autora deixou de demonstrar os fatos constitutivos do direito invocado a descaracterizar a inscrição em dívida ativa procedida e a sanção aplicada – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de inexigibilidade de débito com pedido de tutela de urgência ajuizada pela **Associação Feminina de Marília - Maternidade e Gota de Leite** contra a **Fazenda Pública do Município de Vera Cruz**. Diz a inicial que a requerente e a Prefeitura Municipal de Vera Cruz pactuaram entre si um convênio para atuação em conjunto na área da saúde – "Programa Saúde da Família" do Município de Vera Cruz –, que vigorou até o final de 2011. Informa que o Tribunal de Contas do Estado, nos autos do TC nº 1065/004/123, julgou irregular a prestação de contas, entendendo que R$ 48.739,79 das verbas destinadas ao convênio o foram em objeto distinto, determinando-se a devolução do montante aos cofres da requerida. E, enquanto não realizada a devolução, proibiu que novos repasses fossem feitos à requerente, cadastrando o seu CNPJ na "Relação de Apenados do TCESP – Impedimento de Repasses" (Comunicado SDG Nº 33 – Relação de Órgãos ou Entidades Impedidas de Novos Recebimentos), publicada no Diário Oficial em 05.11.2019. Informa que, conquanto a

Acesso ao Sumário

decisão tenha transitado em julgado, até a presente data não foi ajuizada ação de execução, tendo o débito sido inscrito em dívida ativa do município requerido, CDA nº 1502085. Assim, diante da inércia do requerido em executar a decisão, busca o provimento jurisdicional para reconhecer a inexigibilidade do débito e, consequente retirada do CNPJ do cadastro antes mencionado.

Gratuidade processual e tutela de urgência deferidas a fls. 904/907.

Citada, a FESP contestou (fls. 916/923), alegando que não há controvérsia a respeito da irregularidade das contas apresentadas, pelo que a decisão do órgão competente deve prevalecer. Sustentou que o Tribunal de Constas do Estado de São Paulo agiu nos limites de sua competência constitucional, não cabendo ao Poder Judiciário interpretar qual a melhor sanção a ser aplicada ao caso em tela, motivo pelo qual a improcedência da ação se impõe, assim como a revogação da tutela de urgência.

Citada (fls. 926), a Fazenda Pública Municipal ficou inerte (fls. 928).

Réplica a fls. 930/932.

O Ministério Público a fls. 938/940 requereu que as partes especificassem as provas pretendidas.

Feito saneado a fls. 944/945. Instadas a respeito das provas a produzir, a FESP se manifestou a fls. 950 e a requerente a fls. 954/955.

Manifestação do Ministério Público a fls. 961/967 pela improcedência do pedido inicial.

A ação foi julgada improcedente (fls. 968/974) pelo Juiz Dr. *Walmir Idalêncio dos Santos Cruz*, revogando a liminar antes concedida. Sucumbência com a requerente, condenada a arcar com o pagamento de custas e despesas processuais, bem como com a honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado, observada a gratuidade processual antes deferida.

A decisão foi embargada pela requerente (fls. 983/992), com manifestação da FESP a fls. 998. Os embargos de declaração foram rejeitados a fls. 999/1000.

Insatisfeita, apela a requerente (fls. 1006/1024), insistindo na procedência da ação pelos argumentos antes lançados.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 1028/1033 e 1042/1049.

Parecer do Ministério Público a fls. 1056/1057.

É o relatório.

O tópico da apelação a respeito dos efeitos em que seria recebida a apelação consta da decisão de fls. 1040/1041, sendo desnecessárias maiores digressões sobre ele.

Não há nulidade a ser reconhecida no caso em tela. Não se trata de "sentença surpresa" como defende a apelante. Os documentos a que a manifestação ministerial se reporta constam do processo e foram juntados pela recorrente,

Acesso ao Sumário

pelo que não pode alegar surpresa. A abertura de prazo para a manifestação das partes, no presente caso, somente iria retardar ainda mais o deslinde da controvérsia. Agiu o magistrado sentenciante em atenção ao princípio da celeridade e da economia processual, sem incorrer em nulidade.

Não fosse só, tem-se que a manifestação do Ministério Público não vincula a decisão do juízo, podendo este dela se desgarrar desde que devidamente fundamentada e de acordo com o coligido nos autos.

No presente caso, os elementos de prova, a manifestação do *Parquet* e a sentença apontaram para o mesmo sentido. Ainda que a solução guerreada não seja a pretendida pela apelante, não há de se falar em nulidade da decisão, mas, a princípio, de insatisfação da parte recorrente com o resultado que lhe foi desfavorável. Desta forma, afasta-se a preliminar arguida.

No mérito melhor sorte não socorre a recorrente.

Ensina Hely Lopes Meirelles que:

"Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. (...) A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade do ato com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração. Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito. (Direito Administrativo Brasileiro, 40ª edição, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 801/804).

Acesso ao Sumário

O Judiciário não é instância revisora ou recursal de decisões advindas de procedimento administrativo do Tribunal de Contas. Não lhe incumbe avaliar o mérito, mas atuar na verificação da legalidade do ato administrativo.

Feita a ressalva acima, trata-se a ação de inexigibilidade de débito fundada na não aprovação de parte da prestação de contas apuradas pelo Tribunal de Contas Paulista (TC 1065/004/12), no valor de R$ 48.739,79.

A tese defendida pela apelante é no sentido de que o município, que é parte no Termo de Convênio de nº 002/2010 (fls. 383/385), foi beneficiado pela prestação de serviços relacionados à saúde, ainda que estranhos aos termos pactuados, pelo que a exigibilidade do débito deveria recair sobre ele, de acordo com o art. 36 da Lei Complementar nº 709/83. Ademais, a devolução dos valores reclamados ensejaria enriquecimento ilícito do ente público, ilegalidade que não poderia ser patrocinada pelo Estado.

Referido dispositivo estabelece:

> Artigo 36 - Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal de Contas condenará o responsável ao recolhimento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe multa.
>
> Parágrafo único - Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas no artigo 33, inciso III e alíneas, o Tribunal de Contas aplicará ao responsável a multa prevista no artigo 104 desta lei.

A análise da inexigibilidade do débito pressupõe o estudo do Termo de Convênio firmado entre a apelante e o município de Vera Cruz, bem como a respectiva prestação contas.

O Termo de Convênio de nº 002/2010 (fls. 383/394) tinha por objeto a "*conjugação de esforços entre a PREFEITURA e a CONVENIADA, para em regime de cooperação, executar programas, atividades e serviços necessários ao desenvolvimento de ações das unidades do "**Programa Saúde da Família***" (PSF), implantada ou a implantar no Município de Vera Cruz." – fls. 384 – grifo no original.

No bojo do Termo de Convênio cabia à Prefeitura, dentre outras obrigações, apresentar plano de trabalho para nortear o desenvolvimento do conjunto de ações de saúde relacionadas ao convênio (fls. 385 – item I, "1") e realizar todos os outros atos para o bom desenvolvimento do projeto que não puderem ser realizados pela conveniada (fls. 385 – item I, "8").

Por sua vez, a recorrente era responsável por:

> "15- Assessorar a implantação do Plano de Trabalho e do desempenho junto ao corpo técnico, colaborar integralmente com os objetivos propostos neste convênio.

Acesso ao Sumário

16- Responsabilizar-se integralmente pelo recrutamento, e contratação de profissionais habilitados, solicitados pela Conveniente, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para o desenvolvimento do projeto/atividades propostas.

17- Encaminhar mensalmente relatório, elaborado pela Coordenadoria das atividades de ações desenvolvidas, dos recursos aplicados, bem como de outros instrumentos à Prefeitura, para acompanhamento e fiscalização do mesmo, pela Diretoria Municipal de Saúde e pelo Conselho Municipal de Saúde e pelo Conselho Municipal de Saúde.

18- Permitir a Prefeitura Municipal a realização de inspeção técnico-administrativa e contábil e financeira.

19- Manter arquivo atualizado com todos os registros das despesas que correrem por conta do convênio.

20- Manter em conta específica e em instituição bancária os recursos financeiros repassados pelo Município.

21- Indicar o nome do representante para compor a Comissão de Avaliação da execução deste Termo de Convênio.

22- Recolher em dia os encargos sociais e trabalhistas e comprovar a respectiva quitação sempre que solicitado pela Conveniente." - (fls. 386/387).

Das obrigações descritas acima não se previu autorizar a conveniada recorrente a desempenhar atividades inerentes à Administração. Não há aditivo autorizando destinação outra de recursos, que não para a realização do "Programa Saúde da Família". Mais, eventual saldo positivo de recursos do programa, segundo a 2ª. Subcláusula, da Cláusula Quinta, do tópico "Dos Recursos Financeiros", deveria ser aplicado no mercado financeiro:

> 2ª. Subcláusula – Os recursos repassados pela Prefeitura à Conveniada, enquanto não utilizado deverão sempre que possível ser aplicado no mercado financeiro devendo os resultados dessa aplicação ser revertido exclusivamente à execução do objeto deste Termo de Convênio. – fls. 388.

Acesso ao Sumário

Por sua vez, o Tribunal de Contas Paulista no TC 1065/004/12 apurou que: "*os valores glosados decorreram de despesas alheias ao objeto do convênio e de saldo não aplicado, a exemplo de plantões médicos não relacionados ao PSF, prestação e serviços junto ao pronto atendimento, submetido a ajuste diverso. Essas ocorrências, por si só, configuram desvio de finalidade na aplicação dos recursos, visto que utilizados para outros fins não previstos no convênio*." – fls. 501.

Ainda que o município tenha aprovado a prestação de contas da apelante (fls. 40 e 808) e tenha permanecido inerte com relação a eventual ação de cobrança ou de execução, isto não implica na inexigibilidade do débito, como

quer fazer crer a recorrente, pois, repete-se, os recursos foram empregados em despesas alheias ao convênio firmado e cabia à apelante a obrigação de somente cumprir com as atividades relacionadas ao Programa de Saúde Familiar.

Se destinou recursos para além do programa, a recorrente agiu irregularmente e por isso não se pode afastar o débito. À associação apelante é facultado ingressar com ação de regresso contra o município a fim de recuperar o valor reclamado ante a prestação de serviço não negada pelo município apelado. Todavia, não há, nestes autos, como acolher a pretensão inicial, vez que a apelante não demonstrou os fatos constitutivos de seu direito a descaracterizar a inscrição em dívida ativa procedida e a sanção aplicada de restrição do CNPJ.

Em atenção ao art. 85, §11, do Código de Processo Civil, majora-se a honorária para 11% sobre o valor da causa.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006452-89.2020.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante T. - L.S.LTDA., Apelados D. D. A.A.I., L.F.C.S., K.S.V., V.L.P., E.O.L.P., M.A. LTDA. e P.G.D.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação da Promotoria Pública, prejudicado o recurso adesivo. V.U. (Sustentou oralmente o Dr. Arthur Henrique Dutra de Lima e Almeida, OAB/SP nº 442.542)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 60.450)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 13 de dezembro de 2022.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: DEMANDA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA FUNDADA EM PRECLUSÃO PROBATÓRIA E PRESCRIÇÃO.

– Não configura obstáculo ao direito de prova em juízo o só arquivamento de inquérito civil relativo aos fatos objeto do processo judicial concernente a cogi-

táveis atos de improbidade administrativa.

– Ao menos a reparação patrimonial dos danos referíveis a atos ímprobos dolosos – de tal se trata a imputação em tela – impede que se reconheça o óbice da prescrição. Ainda assim não fora, há dúvida grave não deposta na prova acerca da prescrição declarada na origem.

Provimento da apelação da Promotoria pública da Comarca, prejudicado o recurso adesivo.

VOTO

RELATÓRIO:

A Promotoria pública da Comarca de Itanhaém ajuizou a presente ação contra T.L.S.L., L.F.C.S., K.S.V., V.L.P., Espólio de O.L.P., P.G.D., O.A. em A.P. e I. (atual M.A.L.), D.A.R.J.M., D. e Q L.M.C e S.L., objetivando-lhes a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

A r. sentença de origem julgou improcedente a ação (*e*-págs. 8.205-20) – acenando a prescrição da demanda e a preclusão provativa –, do decidido recorrendo a Promotoria pública requerente, alegando, em síntese, (*i*) inexistir a preclusão lógica afirmada pela sentença, porque o arquivamento do inquérito civil relativo aos fatos não inibe as instâncias penal, administrativa e civil; (*ii*) não se ter confirmado a prescrição apontada pelo M. Juízo de origem; (*iii*) provou-se a prática de atos ímprobos com dano ao erário e enriquecimento ilícito, (*iv*) ofensa aos princípios da moralidade e da probidade administrativa e (*v*) nulidade dos contratos celebrados entre o Itaprev e as empresas O.A. em A.P. e I., T.S.L.S.L., D.A.R.J.M. e D. e Q.L. com desvio de finalidade (*e*-págs. 8.226-51).

Adesivamente, também apelou T.S.L.S.L. alegando, em suma, (*i*) ausência de conduta dolosa, (*ii*) que os contratos firmados com o Itaprev (Instituto de Previdência de Itanhaém) não foram objeto de questionamento junto ao Tribunal de Contas e em investigação criminal, (*iii*) ilicitude da prova emprestada, (*iv)* falta de individualização da conduta do ora apelante e consequente cerceamento de defesa e (*v*) nulidade da r. sentença (*e*-págs. 8.293-302)

Respondeu-se aos recursos (*e*-págs. 8.262-73, 8.275-89, 8.303-11, 8.318-40, 8.348-61 e 8.371-8).

Ensejou-se vista dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, que se manifestou pela acolhida do recurso ministerial (*e*-págs. 8.394 *et sqq*.)

É o relatório do necessário, em acréscimo ao da r. sentença de origem, conclusos os autos recursais em 16 de novembro de 2002 (*e*-pág. 8.401).

VOTO:

Acesso ao Sumário

1. Diz a Promotoria demandante que a empresa O.A. em A.P. e I., ao menos desde 2008, presta serviço para o Itaprev, visando ao "*fornecimento de todos os sistemas previdenciários, cálculo atuarial, sistemas administrativos, contábeis, financeiros e de recursos humanos, bem como fornecimento dos sistemas de dados de cruzamentos referente ao convênio SIPREV/MPS* ".

Acrescenta que o relatório do Tribunal de Contas TC-935/026/13 apontou diversas irregularidades nos processos licitatórios – convite ns. 01/2013 e 04/2013 e tomada de preços n. 01/2013 – que resultaram na contratação da aludida empresa, além de o Diretor Administrativo Financeiro do Itaprev, L.F.C.S., atuar na condição de assessor consultivo na área de gestão contábil e financeira junto à empresa O.A. em A.P. e I., por meio de sua empresa M.C. e S.L., com pagamentos mensais de cerca de R$ 6.000,00, mecanismo este usado para transferir ilegalmente valores para o próprio servidor público.

Por meio de quebra de sigilo bancário, prossegue a Promotoria da Comarca, verificou-se, em processo de investigação criminal, que L.F.F.C.S. recebeu vultosos valores da empresa O.A. em A.P. e I., bem como que o servidor repassou parte desses valores para os servidores K.S.V., V.L.P., O.L.P. e P.G.D., uma vez que teriam eles auxiliado nas prestações de serviço de consultoria.

Alega ainda a requerente que a O.A. em A.P. e I. jamais prestou serviço para o Itaprev, tendo em vista que todo o serviço objeto era prestado pelos próprios servidores públicos que recebiam a remuneração do Itaprev.

Afirma também a autora que as correqueridas T.S.L.S.L., D.A.R.J. e D. e Q L. foram contratadas irregularmente por meio de processos licitatórios, e que L.F.C.S. recebeu vultosos valores dessas empresas, em razão de consultorias prestadas por meio da empresa M.C. e S.L.

Por fim, diz a suplicante que se apurou em inquérito civil fraude em processos de licitação e contratos firmados entre o Itaprev e as empresas O.A. em A.P. e I., T.S.L.S.L., D.A.R.J.M. e D. e Q L., para beneficiar L.F.C.S., diretor administrativo financeiro do Itaprev, e os servidores K.S.V, V.L.P., O.L.P. e P.G.D.

2. Estes os fatos desfiados pela Promotoria local, fatos aos quais, segundo a r. sentença de origem, houve o concurso de indícios dos atos ímprobos: "*Ao menos neste grau de cognição sumária* – disse o M. Juízo da Comarca – *há indícios suficientes acerca da afirmativa de que os requeridos praticaram fraude aos procedimentos administrativos, objetivando mascarar o repasse de verbas públicas* (…)" (*e*-pág. 8.215).

Sem embargo de reconhecer – e com apoio em expressos fundamentos (*e*-págs. 8.213-5) – a existência de indícios, pois, da improbidade objeto, a r. sentença, em julgamento antecipado (*e*-pág. 8.211), declarou a ação *improcedente*, ancorando-se em sua prescrição e na preclusão quanto a produção de prova.

Acesso ao Sumário

3. Para logo, no entanto, ainda houvera (*datum, neque concessum*) essa apontada preclusão, o fato mesmo de o M. Juízo reconhecer bastantes os indícios da prática dos versados atos ímprobos poderia já sugerir a dilação probatória.

Mas não é só. Essa preclusão foi reconhecida pelo digno Juízo da origem ante a circunstância de se ter arquivado o inquérito civil acerca dos fatos em pauta. Todavia, o inquérito civil não é peça essencial, sequer obrigatória nas demandas de improbidade. Admitir que seu arquivamento administrativo é preclusivo para a produção de prova no âmbito jurisdicional leva a que a jurisdição dependa do sucesso desse inquérito, ressonando na quebra da independência das instâncias administrativa e jurisdicional.

4. Quanto à prescrição acolhida pela r. sentença, bom motivo, à partida, esgrimiu o parecer do Procurador de Justiça oficiante, Robson Félix Coelho: "(…) *cuidando-se de atos dolosos, praticados com fraude e, como o adiantado, sob o escondimento da percepção de verbas ilícitas, onde patente a voluntariedade consciente na causação do dano ao erário, decorre da Constituição Federal, nos termos do artigo 37, § 5º, a imprescritibilidade da persecução da reparação do dano ao erário, em previsão reafirmada pela Suprema Corte, na solução de tema de repercussão geral relativamente recente*" (e-pág. 8.398).

Se assim não fosse, acrescente-se que a demanda foi ajuizada em *novembro de 2020*, e não se pode, à luz do que consta dos autos, depor dúvida grave sobre o termo *ad quem* das condutas tidas por ímprobas, incluso quanto à incidência, quanto aos requeridos servidores públicos, do que *dispunha* o ao caso aplicável inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992 (de 2-6): "*As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança*".

DE CONSEGUINTE, por este voto, provê-se a apelação da Promotoria da Comarca de Itanhaém e, com prejuízo do recurso adesivo, sugere-se a cassação da r. sentença de origem, para a dilação instrutória (autos n. 1006452-89.2020 da digna 1ª Vara Cível do Foro de Itanhaém).

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020118-83.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados CONNECT COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA. e CONNECT COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA., é apelado/apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso das autoras. Julgado prejudicado o apelo da FESP. V.U. (Sustentou oralmente o Dr. Gabriel Magalhães Borges Prata, OAB/SP 229.234/SP)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.853)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 13 de dezembro de 2022.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – NULIDADE DA SENTENÇA – Não ocorrência – Indicação clara do MM. Juízo acerca das razões de seu convencimento – Fundamentação concisa suficiente para justificar as conclusões do julgador.

TRIBUTÁRIO – ICMS – IMPORTAÇÃO POR ENCOMENDA – Autuação originada pelo não recolhimento do ICMS de importação no Estado de São Paulo – Entendimento esposado pelo E. STF no julgamento dos embargos de declaração proferido no ARE nº 665.134 (Tema nº 520) de repercussão geral, no sentido de que a destinatária jurídica – trading company, é quem incorre no fato gerador do ICMS com o fito de posterior revenda, ainda que mediante acerto prévio, após processo de internalização – Tributo devidamente recolhido pelo Estado de Alagoas, onde está domiciliada ou estabelecida a empresa importadora, destinatária jurídica da operação – Sentença modificada.

DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DAS AUTORAS. JULGA-SE PREJUDICADO O APELO DA FESP.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal com pedido de tutela de urgência movida por CONNECT COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA. (matriz e filial), em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com o objetivo de anular o lançamento fiscal materializado no AIIM nº 4.133.527-2, ou, subsidiariamente, o cancelamento da multa confiscatória e a exclusão dos

Acesso ao Sumário

juros sobre a multa.

Contra a r. decisão de fls. 431/434, que manteve a decisão de fls. 404/414 quanto ao indeferimento da tutela de urgência, as autoras interpuseram agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (fls. 577/585).

A sentença de fls. 494/500, cujo relatório é o adotado, julgou procedente em parte os pedidos, apenas para determinar a exclusão dos juros de mora incidentes sobre o tributo, anteriores ao segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração. Por ter sucumbido quase que integralmente, as autoras foram condenadas ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios nos patamares mínimos de cada faixa sobre o valor da causa.

Os embargos de declaração opostos pelas autoras contra a r. sentença foram rejeitados (fls. 519).

As partes apelaram.

A autora CONNECT COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA., por meio de sua matriz, às fls. 521/554, alega, preliminarmente, nulidade da r. sentença decorrente de omissões e contradições. No mérito, sustenta, em síntese, que a r. sentença destoa do entendimento pacificado pelo E. STF no julgamento do ARE nº 665.134 (Tema nº 520), no sentido de que na importação por conta própria, sob encomenda, o destinatário da mercadoria é a *trading company*, sendo a unidade federativa em que esta se localiza, competente para exigir o tributo. Aduz que se a importação foi feita pela filial, nenhum imposto pode ser considerado devido ao Estado de São Paulo. Frisa que o ato de importar, trazer a mercadoria para dentro do país e a desembaraçar, é o fato gerador do ICMS-importação, e repisa que a filial figura como destinatária jurídica das mercadorias, uma vez que realizou tais atos. Assevera que, ainda que tenha havido o transporte físico do Porto de Santos diretamente à VENO TECNOLOGIA EM INFORMÁTICA LTDA. (encomendante), em São Paulo, a relação jurídica se estabeleceu com a importação realizada pela filial e posterior revenda à encomendante. Argumenta que o fato de a mercadoria ter circulado exclusivamente em território paulista é irrelevante para atribuir ao Estado de São Paulo a competência para exigir o ICMS e que a circulação jurídica pode se dar de forma simbólica. Entende que a multa aplicada possui caráter confiscatório, devendo ser cancelada ou reduzida.

A FESP, por seu turno, alega, em suma, que a multa deve compreender o tributo atualizado. Ressalta que não se trata de juros moratórios sobre a multa, mas de mera atualização de seu valor básico para efeitos de cálculo.

Contrarrazões da FESP às fls. 566/574 e das autoras às fls. 596/605.

A autora manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 611/612).

É o relato do necessário.

Primeiramente, afasta-se a preliminar de nulidade da decisão.

Acesso ao Sumário

A r. sentença ora impugnada contém os requisitos essenciais e a devida motivação, tendo o julgador pontuado os argumentos apresentados, correlacionando-os com as provas dos autos, não havendo, pois, que se falar em nulidade da decisão.

Importa consignar que a decisão foi suficientemente fundamentada, conforme preconiza o art. 93, IX, da CF. Outrossim, não viola as disposições dos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, ambos do CPC, nem tampouco é contraditória como afirmam as empresas apelantes. Ademais, não se olvide que concisão não se confunde com omissão ou ausência de fundamentação, estando ausente qualquer nulidade.

Passa-se ao exame do mérito.

Consta dos autos que a autora filial, localizada em Maceió/AL, firmou contrato de importação por encomenda com a empresa VENO TECNOLOGIA EM INFORMÁTICA LTDA. e foi autuada sob a alegação de que no período de 17/09/18 a 17/10/18 teria deixado de recolher o ICMS na importação de mercadorias vindas do exterior, o qual seria devido uma vez que as mercadorias foram desembaraçadas e entraram fisicamente em estabelecimento situado no território paulista. As autoras contestam a exação por entenderem que o sujeito passivo da operação de importação está situado no estado de Alagoas, o destinatário final da operação de transferência de propriedade da mercadoria, sendo este o Estado competente para a cobrança do ICMS, e não o Estado de São Paulo, onde houve apenas o desembaraço aduaneiro.

Conforme se extrai do auto de infração e imposição de multa – AIIM nº 4.133.527-2, a filial da empresa CONNECT COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA. foi autuada por infrações relativas ao pagamento do imposto, porque "***Deixou de pagar, por meio de guia de recolhimentos especiais, o ICMS no valor de R$ 89.700,65 (oitenta e nove mil, setecentos reais e sessenta e cinco centavos), em 17/09/2018 e em 17/10/2018, devido até o momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior objeto das operações de importação sob encomenda registradas sob as Declarações de Importação (DIs) nºs 18/1696311-0 e 18/1901502-7****, conduzidas sob a vigência da Instrução Normativa SRF nº 634 de 24/03/2006, conforme discriminadas nos Demonstrativos Fiscais 'A' e 'B' juntados, em razão dos seguintes fatos apurados a partir da execução da Ordem de Serviço Fiscal n° 01.3.08653/19-0: (a)* ***o desembraço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior ocorreu no Porto de Santos, localizado no território do Estado de São Paulo, de onde tais mercadorias foram remetidas pelo AUTUADO IMPORTADOR diretamente ao estabelecimento do destinatário final VENO TECNOLOGIA EM INFORMÁTICA EIRELI, IE nº 146.141.949.113 e CNPJ nº 13.775.314/0001-08, doravante designado apenas como 'SOLIDÁRIO ENCOMENTANTE', também localizado no território paulista****; (...)*" (fls. 50 – g.n.)

Acesso ao Sumário

Pois bem.

O cerne da controvérsia reside em saber se o ICMS ativo do ICMS – importação é o Estado onde ocorreu a entrada física da mercadoria ou o do domicílio ou estabelecimento do importador.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, o recurso das autoras comporta provimento.

Como é cediço, o ICMS incidente sobre a importação é devido ao Estado em que situado o domicílio ou o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço.

Conforme estabelece a Constituição Federal:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> (...)
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
>
> (...)
>
> § 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)
>
> IX - incidirá também:
>
> a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/01)

E consoante o art. 11 da Lei Complementar nº 87/96:

> Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:
>
> I - tratando-se de mercadoria ou bem:
>
> (...)
>
> d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

Nessa linha é a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 665.134/MG (Tema nº 520) de repercussão geral:

> "O sujeito ativo da obrigação tributária de ICMS incidente sobre mercadoria importada é o Estado-membro no qual está domiciliado ou estabelecido o destinatário legal da operação que deu causa à circulação da mercadoria, com a transferência de domínio". (ARE 665134, Rel. Min. Edson Fachin, j. 27/04/2020).

Contudo, o E. STF pacificou o entendimento relativo à questão em comento, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração no ARE nº

Acesso ao Sumário

665.134/MG - Tema 520, nos seguintes termos:

"Conforme se anotou tanto na análise do mérito quanto na questão de ordem, a matéria posta em debate foi a definição dos contornos normativos do sujeito ativo da obrigação tributária referente ao ICMS-importação, à luz do art. 155, § 2º, IX, "a", da Constituição da República.

Nesse contexto, observei que a jurisprudência do Tribunal tem por sujeito ativo do ICMS-importação o Estado- membro no qual estiver localizado o destinatário final da operação.

Por sua vez, na conceitualização do termo "destinatário final", para efeitos dessa exação tributária, esses precedentes apontam que a disponibilidade jurídica precede a econômica, isto é, o sujeito passivo do fato gerador é o destinatário legal da operação da qual resulta a transferência de propriedade da mercadoria.

No entanto, é de se atentar que o aspecto formal não prevalece sobre o conteúdo, sendo o sujeito passivo quem dá causa à ocorrência da circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio. Em outras palavras, eventuais vícios ou defeitos do negócio jurídico tributado (a exemplo da falsidade, erro, omissão, inexatidão, dolo, fraude, simulação), não devem influenciar na definição do destinatário final.

Com efeito, a Corte não admite a prevalência de eventuais pactos particulares entre as partes envolvidas na importação, quando da definição do destinatário legal e final da mercadoria importada.

De outra visada, restou também claro no acórdão embargado que o contexto dinâmico em que se inserem as relações comerciais impede que se tome a entrada física da mercadoria no estabelecimento do adquirente importador como elemento decisivo na definição do sujeito ativo dessa relação tributária, já que a ordem jurídico-constitucional também agasalha a hipótese de entrada simbólica da mercadoria importada, desde que haja efetivamente um negócio jurídico internacional.

Partindo dessas premissas, destaquei as três principais modalidades de importação que permitem estabelecer parâmetros suficientes na definição desse sujeito ativo nas diversas hipóteses legalmente permitidas, inclusive na situação descrita nos autos. A saber: importação por conta própria; importação por conta e ordem de terceiro; e importação por conta própria, sob encomenda.

Dentro dessas modalidades, concluí como destinatário legal da operação, em cada hipótese de importação, as seguintes pessoas jurídicas:

a) Na importação por conta própria, a destinatária econômica coincide com a jurídica, uma vez que a importadora utiliza a mercadoria em sua cadeia produtiva;

b) Na importação por conta e ordem de terceiro, a destinatária jurídica é quem dá causa efetiva à operação de importação, ou seja, a parte contratante de prestação de serviço consistente na realização de

Acesso ao Sumário

despacho aduaneiro de mercadoria, em nome próprio, por parte da importadora contratada;

c) Na importação por conta própria, sob encomenda, a destinatária jurídica é a sociedade empresária importadora (*trading company*), pois é quem incorre no fato gerador do ICMS com o fito de posterior revenda, ainda que mediante acerto prévio, após o processo de internalização.

Ou seja, entende-se que o sujeito ativo da obrigação tributária de ICMS incidente sobre mercadoria importada é o Estado-membro no qual está domiciliado ou estabelecido o destinatário legal da operação que deu causa à circulação da mercadoria, com a transferência de domínio.

Nas situações envolvendo estabelecimentos do mesmo proprietário, é de se atentar, como ressaltado durante todo o julgamento embargado, que a forma não prevalece sobre o conteúdo.

Em outras palavras, independentemente de quem constar formalmente como estabelecimento importador (matriz ou filial), o que deve definir o destinatário final para fins de tributação é o tipo de importação (importação por conta própria; importação por conta e ordem de terceiro; e importação por conta própria, sob encomenda) e o papel jurídico e materialmente desempenhado por cada estabelecimento envolvido na operação, inclusive a partir da finalidade pretendida com a aquisição do bem importado e afastando eventuais vícios ou defeitos do negócio jurídico."

Na hipótese, aplica-se a previsão contida no **item "c"**, supra transcrito.

É certo que as mercadorias foram recebidas no Porto de Santos/SP, onde ocorreu o desembaraço aduaneiro, e foram enviadas diretamente à VENO TECNOLOGIA EM INFORMÁTICA LTDA. (encomendante), em São Paulo. Contudo, depreende-se dos documentos acostados aos autos que a importação foi feita por conta própria da importadora, sob encomenda da empresa VENO, conforme contrato copiado às fls. 152/158, e pela filial de Maceió. Destarte, na linha do que decidido pelo E. STF sob Tema nº 520, o que vale é a circulação ficta da mercadoria, jurídica, e não a física, interpretação que acarretou a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, ao art. 11, I, d, da Lei Complementar Federal nº 87/96, com o fito de se aceitar a circulação ficta de uma mercadoria, desde que haja efetivo negócio jurídico, condição presente na espécie.

Nesse aspecto, impende destacar, como asseveram as empresas apelantes, que a FESP não questiona o fato de que a empresa VENO era mera encomendante. Aliás, além de constar expressamente do AIIM que se trata de "*mercadorias importadas do exterior objeto das operações de importação sob encomenda*" (fls. 50), verifica-se que a empresa VENO é designada como "solidário encomendante" tanto no auto de infração, quanto no Relatório Circunstanciado do Trabalho Fiscal (fls. 71).

Acesso ao Sumário

Portanto, no caso, o sujeito ativo da obrigação tributária de ICMS incidente sobre a mercadoria importada é o Estado de Alagoas, no qual está domiciliado ou estabelecido o destinatário legal, jurídico da operação, no caso, a empresa importadora CONNECT COMERCIO INTERNACIONAL LTDA. (filial).

Nesse sentido, o seguinte julgado desta E. Corte:

"Readequação – Apelação – ICMS importação – Tributo que deve ser recolhido pelo Estado de Alagoas e não pelo Estado de São Paulo – Caso em que os documentos indicam que a empresa importadora efetuou a importação por conta própria, sob encomenda, sendo a destinatária jurídica (*trading company*), pois é quem incorre no fato gerador do ICMS com o fito de posterior revenda, ainda que mediante acerto prévio, após processo de internalização – Sujeito ativo da obrigação tributária que é o Estado membro em que está domiciliado ou estabelecido o destinatário legal, jurídico da operação, que é a empresa importadora, no caso, que se situa no Estado de Alagoas – Acórdão readequado ao que restou decidido no Tema nº 520 do STF." (TJSP; Apelação Cível 1006813-66.2020.8.26.0053; Relator: José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro da Fazenda Pública/Acidente Trabalho 7ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/07/2021; Data de Registro: 28/07/2021).

Com tal solução, de rigor a reforma da sentença, para julgar procedente a ação para anular o crédito tributário grafado no AIIM nº 4.133.527-2. Ficam invertidos os ônus da sucumbência e mantida a verba honorária como fixada na r. sentença.

No mais, considerando os trabalhos desenvolvidos pelo patrono da parte vencedora, majoro os honorários advocatícios de sucumbência em mais 1% sobre o percentual mínimo de cada faixa sobre o valor da causa, como fixado na r. sentença, conforme preconiza o art. 85, § 11, do CPC.

Ante do exposto, dá-se provimento ao recurso das autoras, ficando prejudicado o apelo da FESP.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que a discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000370-25.1997.8.26.0247, da Comarca de Ilhabela, em que são apelantes CARLOS

RENATO DE COSTA NETTO (ESPÓLIO), JOSE CARLOS COSTA NETTO (HERDEIRO), MANUEL CARLOS DE COSTA NETTO (HERDEIRO), ELOYSA MARIA (HERDEIRO), LILIANA MARIA (HERDEIRO), LENORA MARIA (HERDEIRO), LEYLA MARIA DE COSTA NETTO, WALDO FERRAZ DA COSTA NETTO e ODILIA CONCEIÇAO CAETANO COSTA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

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. Joe de Andrade Júnior - inscrito na OAB/SP n. 249.793.)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.108)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 13 de dezembro de 2022.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. Gleba rural situada no município de Ilhabela, abrangida pelo Parque Estadual de Ilhabela, criado pelo Decreto nº 9.414/77. Pedido de indenização. Sentença de improcedência. Recurso dos requerentes buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Ausência do dever de indenizar. Primeiro, por se tratar de limitação ao direito de uso de propriedade pelo particular, visando à preservação de área ambiental, sem transferência da propriedade dos imóveis abrangidos pelo Parque Estadual de Ilhabela para o Estado de São Paulo, tampouco área pertencente aos apelantes. Segundo, porque não se desincumbiram os autores do ônus de comprovar que sofreram algum prejuízo decorrente da criação do Parque Estadual de Ilhabela. Improcedência da ação mantida. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Ação de Indenização por Apossamento Administrativo (Desapropriação Indireta) movida pelo espólio de CARLOS RENATO DE COSTA NETTO, LEYLA MARIA DE COSTA NETTO e WALDO FERRAZ DA COSTA NETO (e sua esposa ODÍLIA CONCEIÇÃO CAETANO COSTA) contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em síntese alegando os autores serem proprietários de gleba rural situada no município de Ilhabela, a qual foi abrangida pelo

Parque Estadual de Ilhabela, criado pelo Decreto nº 9.414, de 20 de janeiro de 1977. O mesmo Decreto, em seu artigo 5º, declarou de utilidade pública para fins de desapropriação áreas, como a dos autores, atingidas pela área do Parque, jamais havendo a desapropriação, contudo, se concretizado. Por força do mencionado decreto – afirmam – experimentaram prejuízo, estando impedidos de qualquer aproveitamento econômico de sua propriedade, daí o pedido de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de indenização pela desapropriação, que deve abranger o valor do imóvel na total dimensão da área abrangida pelo Parque, consoante se apurar em perícia, além do valor das matas, minerais e todos os prejuízos causados pelo inaproveitamento da área, com acréscimo de verbas acessórias.

A r. sentença de fls. 1408/1415, proferida após afastamento da prescrição extintiva vintenária, reconhecida na decisão anteriormente prolatada (V. Acórdão de fls. 1343/1348), julgou improcedente a ação, condenando os autores ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC/73.

Sobreveio apelação dos autores. Nas razões de fls. 1426/1442, buscam a inversão do julgado, sustentando em síntese: a) o imóvel foi adquirido anteriormente à criação do Parque Estadual de IIhabela e de qualquer outra norma de preservação ambiental; b) "*a criação do Parque Estadual de Ilhabela esvaziou por completo a possibilidade dos Apelantes de obter qualquer conteúdo econômico da propriedade, sendo irrelevante o fato de haver ou não ocorrido o efetivo apossamento administrativo, bastando comprovar a interdição do uso e gozo da propriedade, para ter a obrigação de indenizar*." (fls. 1436); c) "*a indenização é devida bastando estar comprovada a violação ao direito, como é o caso dos autos, o impedimento de uso e gozo da propriedade, não havendo necessidade de comprovação do prejuízo emergente ou de eventual lucro cessante*." (1436); d) o julgado citado na decisão de primeiro grau não é aplicável à espécie, pois trata de imóvel adquirido após a criação do Parque Estadual de Ilhabela. Pedem o acolhimento do apelo para ser julgada a ação procedente, fixando-se indenização de acordo com as provas por eles carreadas aos autos.

Processado o apelo, com resposta da Fazenda Pública a fls. 1453/1459, subiram os autos.

Inicialmente distribuídos à Colenda Quarta Câmara de Direito Público deste Tribunal, V. Acórdão de fls. 1466/1469 não conheceu do recurso e determinou a redistribuição. Os autos vieram à conclusão deste subscritor em 12.11.2018 (fls. 1475). Este, em síntese, o relatório.

II. Nega-se provimento ao recurso.

Anota-se de início que a presente apelação será apreciada e processada na conformidade do Código de Processo Civil de 1973, já revogado, mas em

Acesso ao Sumário

cuja vigência foi proferida a sentença impugnada e igualmente foi o apelo sob exame interposto (interpretação do Enunciado Administrativo nº 2 do Superior Tribunal de Justiça).

Pretendem os autores, proprietários de gleba rural situada no município de Ilhabela, recebimento de indenização por afirmado prejuízo com a edição do Decreto nº 9.414, de 20 de janeiro de 1977, que criou o Parque Estadual de Ilhabela, e abrangeu seu imóvel, estando impedidos de realizar qualquer aproveitamento econômico de sua propriedade. Segundo afirmam, o mesmo Decreto, em seu artigo 5º, declarou de utilidade pública para fins de desapropriação áreas, como a de sua propriedade, atingidas pela área do Parque, jamais se havendo concretizado, contudo, a desapropriação. Daí o pedido de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de indenização pela desapropriação, que deve abranger o valor do imóvel na total dimensão da área abrangida pelo Parque, consoante se apurar em perícia, além do valor das matas, minerais e todos os prejuízos causados pelo inaproveitamento da área, com acréscimo de verbas acessórias. Sem razão, contudo.

O Decreto Estadual nº 9.414, de 20 de janeiro de 1977, dispõe em seu artigo 1º: "***Artigo 1º — Fica criado o Parque Estadual de Ilhabela com a finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna a às belezas naturais das ilhas que constituem o município de Ilhabela, bem como sua utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos***.".

Como se depreende, não se trata de apossamento administrativo, mas de limitação ao direito de uso de propriedade pelo particular, visando à preservação de área ambiental, não passando a propriedade dos imóveis ali abrangidos para o Estado de São Paulo, tampouco área pertencente aos requerentes. O que se pretendeu, com a criação do "Parque Estadual de Ilhabela", foi tão somente restringir o uso indiscriminado de local, para ser preservado permanentemente no interesse das presentes e futuras gerações.

No dizer de HELY LOPES MEIRELLES: "A ***'preservação dos recursos naturais', assim entendidos todos os elementos da Natureza que mantêm o equilíbrio ecológico e a vida em nosso Planeta, é dever do Estado e se apoia no domínio eminente que ele exerce sobre todas as coisas que se encontram em seu território. (...) Assim, a preservação dos recursos naturais se faz por dois modos: pelas 'limitações administrativas de uso', gerais e gratuitas, sem impedir a normal utilização econômica do bem nem retirar a propriedade do particular; ou pela 'desapropriação', individual e remunerada, de determinado bem, transferindo-o para o domínio público e impedindo sua destruição ou degradação. (...) É de se observar que não só a iniciativa dos particulares como os empreendimentos do Poder Público devem respeitar as normas de controle da poluição e de preservação dos recursos naturais, sujeitando-se às respectivas limitações administrativas das entidades estatais competentes***." ("Direito Municipal

Brasileiro", Malheiros Ed., 15ª edição, págs. 572/573).

Limitação administrativa ao uso de propriedade, como a de que se cuida, abrange tanto o particular quanto o Poder Público.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sinaliza não ser cabível indenização nem mesmo a proprietários de imóveis localizados na área do "Parque Estadual de Ilhabela": "***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DECRETO ESTADUAL 9.914/77. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DE ILHABELA. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. 1. O Tribunal de Justiça paulista deixou assentado que os Recorrentes não perderam a exclusividade dos poderes sobre o imóvel em discussão, não obstante possuírem o dever de respeitar as limitações estabelecidas por lei, fato que afasta a caracterização do apossamento. Assim, certo é que, tendo ocorrido mera limitação administrativa que afeta, em caráter não substancial, o direito de propriedade, não se justifica a imposição de indenização correspondente ao valor da terra quando o que lhe atinge é apenas limitação de uso. 2. Mister ressaltar que o Decreto 9.914/77 do Estado de São Paulo não impôs aos proprietários outras restrições que não aquelas decorrentes da legislação constitucional e infraconstitucional, de modo que essas limitações administrativas, de caráter geral, não constituem direito que ampare qualquer indenização. 3. Agravo regimental não provido***." (STJ, AgRg no REsp 801591-SP, 2ª T. j. 28.04.2009, Rel. o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).

Significativo, também, o precedente da mesma Corte Superior colacionado na r. sentença:

"***PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PARQUE ESTADUAL DE ILHABELA. (DECRETO ESTADUAL N.º 9.914/77) HIPÓTESE QUE MERECE TRATAMENTO ANÁLOGO ÀS INDENIZAÇÕES DA SERRA DO MAR (DECRETO ESTADUAL 10.251/77). LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. "1. A criação do "Parque Estadual da Serra do Mar", por intermédio do Decreto 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes, engendradas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade.***

Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 257.970/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 13.03.2006; AgRg no RESP 610158/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 10.04.2006 e RESP 442.774/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 20.06.2005.

2. A criação do "Parque Estadual de Ilhabela", por intermédio do

Acesso ao Sumário

Decreto n.º 9.914/77, do Estado de São Paulo, assemelha-se às hipóteses engendradas pelo Decreto 10.251/77 (Parque Estadual da Serra do Mar), merecendo tratamento análogo.

3. Consectariamente, à luz do entendimento predominante desta Corte, revela-se indevida indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo ato administrativo sub examine - Decreto 9.914/77, do Estado de São Paulo, que criou o Parque Estadual de Ilhabela - salvo comprovação pelo proprietário, mediante o ajuizamento de ação própria em face do Estado de São Paulo, que o mencionado decreto acarretou limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da sua edição.

4. In casu, consoante o consignado pela Corte a quo, a partir do conjunto probatório carreado nos autos, nenhum prejuízo acarretou o Decreto Estadual n.º 9.914/77 aos autores da presente demanda, ora Recorrentes, uma vez que "(...)In casu, com a devida licença, inocorreu o alegado apossamento administrativo. Nem tampouco se demonstrou eventual prejuízo indenizável. Inobstante a nomenclatura utilizada para o pleito judicial - desapropriação indireta -, trata-se de ação indenizatória. Exige-se, pois, dos demandantes que comprovem o prejuízo emergente e o nexo de causalidade; nascente do ato da Administração pública. Todavia, o conjunto probatório, não corrobora as razões dos apelantes. Não se demonstrou a existência de qualquer projeto de investimento, ou, ainda, negócios relacionados ao imóvel, por parte dos demandantes, que restaram obstados, em decorrência do Decreto n.º 9.914/77. O invocado direito de propriedade manteve-se incólume, visto que podem dar ao bem destinação pertinente, atendido o valor ambiental. Descabida, pois, a alegada afronta aos artigos 5º, incisos XXII e XXIV, da Constituição da República e ao artigo 524, do Código Civil. (...)" (STJ, Primeira Turma, REsp 727.404-SP, j. 28.08.2007, Rel. Min. LUIZ FUX).

No mesmo sentido, deste Tribunal:

"***Apelação Cível – Ação de desapropriação indireta – Criação do Parque Estadual de Ilhabela, Decreto nº 9.414/1977 – Prescrição que deve ser reconhecida – Inexistência de apossamento administrativo, pois não houve a ocupação do imóvel pelo Poder Público – Limitações administrativas em beneficio do interesse público – Não ocorrência de esvaziamento econômico – Não comprovação do alegado prejuízo e inexistência de nexo de causalidade – Conheço do agravo retido da Fazenda Estadual e dou-lhe parcial provimento. Recurso de apelação desprovido e parcialmente provido o agravo retido da Fazenda Estadual***." (7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0000081-63.1995.8.26.0247, Rel. o Des. EDUARDO GOUVÊA, j. 27.08.2012).

"***APELAÇÃO – Ação de indenização – Limitação Administrativa –*** Área de preservação ambiental Lei Federal nº 4.771/65, Decreto nº 750/93 e Resolução CONAMA 0***1/94 – Esvaziamento do conteúdo econômico da***

Acesso ao Sumário

propriedade – Alegação genérica – Ausência de especificação de prejuízo – Causa madura – Sentença de improcedência – Direito à indenização inexistente – Recurso não provido. As limitações administrativas, por si, não geram direito à indenização. Necessário para tanto a comprovação do prejuízo específico efetivamente sofrido na concretude do imóvel em foco." (1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0032447-43.2004.8.26.0053, Rel. o Des. VICENTE DE ABREU AMADEI, j. 12.06.2012).

"***INDENIZAÇÃO. Desapropriação Indireta. Área situada no Parque Estadual de Ilhabela. Imóvel inexplorado. Inexistência de dano efetivo. Apossamento administrativo não caracterizado. Simples limitações administrativas que, ademais, foram impostas pelo Código Florestal, antes, portanto, da criação do Parque e antes da aquisição da área pelo pai dos autores. Pedido improcedente. Recurso não provido***." (10ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0000070-34.1995.8.26.0247, Rel. o Des. ANTONIO CARLOS VILLEN, j. 21.05.2012).

"***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Desapropriação imprópria –*** Área abrangida pelo Parque Estadual de Ilhabela, bem como pela Serra do Mar e de Paranapiacaba ***– Apelo contra sentença que julgou improcedente o pedido de indenização – Restrições previstas no Código Florestal (Lei nº 4.771/65) e que já existiam quando da aquisição do imóvel – Inexistência do dever de indenizar – Improcedência da demanda – Recurso desprovido***." (6ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0000021- 61.1993.8.26.0247, Rel. o Des. LEME DE CAMPOS, j. 19.12.2011).

Além disso, não houve demonstração de nenhum prejuízo decorrente da criação do Parque Estadual de Ilhabela, não se desincumbindo os autores do ônus de demonstrar fato constitutivo de seu direito. Tampouco se comprovou o exercício de atividade econômica a ensejar eventual indenização.

Necessário assinalar que foi realizada nos autos perícia técnica com a finalidade de avaliar a área de cerca de 190 alqueires titulada pelos autores, e o laudo trazido a fls. 288 e seguintes não foi capaz de apontar e quantificar nenhum prejuízo concreto e aferível em virtude da criação do Parque Estadual. A área era toda revestida de Mata Atlântica e na ocasião da perícia até mesmo desprovida de acesso por terra. Não havia benfeitoria ou algum tipo de atividade econômica.

Relevante ainda é pontuar que a propriedade do imóvel em questão não foi subtraída dos requerentes, sofreu tão somente limitações em prol do interesse coletivo de preservação dos recursos naturais nos quais inserido. Daí não se falar em desapropriação.

A questão foi bem dirimida em primeiro grau, cumprindo transcrever o seguinte trecho, à guisa de "ratio decidendi":

"*Dessarte, não sendo comprovados pelos autores quaisquer danos em*

Acesso ao Sumário

razão da edição do Decreto Estadual nº 9.414/1977, não procede o pedido.

Acrescente-se, ainda, que antes mesmo da existência do Decreto Estadual nº 9414/77 já incidiam normas restritivas sobre o imóvel.

Como bem elucidou o laudo pericial antes da vigência do referido Decreto, vigorava a Lei Municipal nº 63/76 que dispunha sobre o uso do solo neste Município, havendo, especialmente no art. 33 de referida lei limites quanto ao desmatamento, resguardo de áreas inclinadas, faixas laterais às margens de rios, córregos, cursos d'água e nascente (fls. 297/298), necessidade de preservação permanente nas nascentes, topo de morros, montanhas e serras, encostas, impossibilitando a derrubada de florestas situadas em áreas de inclinação entre 25º e 45º, tolerando-se apenas a extração de toros quando em regime de utilização racional." (fls. 1413).

A improcedência da ação, portanto, era medida de rigor.

III. Pelo exposto, negam provimento ao recurso.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003129-76.2018.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FRIGORÍFICO RAJA LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.562)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 15 de dezembro de 2022.

ROBERTO MAIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Ação civil pública. Sentença de improcedência. Insurgência recursal do MP autor. Com razão em parte. Possibilidade de adaptação do pedido, antes da sentença, a uma nova situação fáti-

ca, modificada pelo réu no curso da lide. Consequente apreciação do pedido imediato, com o fito de garantir a efetivação de tutela especifica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Ausência de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que preservado o pedido mediato e, ademais, serão ouvidas novamente as partes que terão oportunidade específica para nova manifestação. Princípio da congruência que não pode ser interpretado isoladamente, devendo ser harmonizado com o da máxima efetividade da prestação jurisdicional, conforme preceitua o CPC em vigor, necessariamente conjugado com o sistema que rege o processo civil coletivo. Princípios da celeridade, economia e razoável duração do processo que igualmente devem ser prestigiados, mormente em se tratando de interesses difusos consagrados no art. 225 da CF. Neste feito não se tutelam interesses privados, razão pela qual a apreciação do mérito relacionado à proteção do ambiente deve prevalecer sobre um excessivo rigor formal e uma valorização de obstáculos processuais. Aplicação, ademais, da teoria eclética, pela qual as condições da ação devem ser aferidas no momento da sentença, podendo se encontrar, na ocasião, em situação diversa da existente no momento do ajuizamento. As ações ambientais, tais quais as possessórias, comumente sofrem alteração do quadro fático durante sua tramitação. Necessidade, entretanto, de se evitar uma decisão surpresa, vedada pelos arts. 9º e 10 do CPC, ensejando se anule a r. sentença para que, após ouvidas sucessivamente as partes em 15 dias, outra seja prolatada, com a apreciação do mérito dos pedidos que foram ajustados, adaptados e atualizados nas razões finais do MP. Recurso provido em parte.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo *Ministério Público* em face de *Frigorífico Raja Ltda.* buscando a condenação desta na obrigação de fazer consistente "*em 180 dias encerre as atividades de abate e graxaria sob pena de multa diária não inferior a R$ 1.000,00, ou, a diminuição da produção para*

Acesso ao Sumário

800 abates por dia de suínos, sob pena de multa diária também não inferior ao valor retro."

A r. sentença a fls. 3184/3190 julgou "*IMPROCEDENTE a ação civil pública, proposta por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de FRIGORIFICO RAJÁ LTDA., julgando extinto o feito com resolução nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC.*"

O Ministério Público do Estado apelou a fls. 3202/3217 sustentando em resumo que: **(A)** *"Veja que ainda em janeiro de 2019, o Apelado continuava a emitir odores fora do seu estabelecimento, sendo certo que a maioria dos entrevistados não consideraram as medidas adotadas como satisfatórias para a redução desse odor (fl. 2061). Naquela ocasião, o odor ainda incomodava muito, restando claro que a população distinguia facilmente esse odor, por ser característico do frigorífico.";* **(B)** *"Diante desse cenário, podemos concluir que o Apelado somente passou a adotar atitudes de melhoria de sua atividade, com a diminuição da emissão do forte odor da graxaria, quando da propositura da ação civil pública originária, bem como diante das autuações realizadas pela CETESB. Importante ressaltar que os órgãos fiscalizatórios não foram suficientes para controlar a emissão desses odores, tanto que a empresa continuou a emiti-los, o que provocou a propositura da demanda originária. E, mesmo após a propositura, a empresa requerida teve contra si várias autuações da CETESB, provocadas por denúncias encaminhadas pela população e pelo Ministério Público.";* **(C)** *"Portanto, é simplório e totalmente equivocado afirmar que para o presente caso bastam as fiscalizações dos órgãos públicos, sendo absolutamente necessário um provimento jurisdicional que adeque as atividades da requerida, para que não volte a poluir posteriormente. Daí porque, atento às atuais condições apontadas pelas perícias realizadas nos autos originários, o Ministério Público, em alegações finais, adequou o pedido originário da ação civil pública para que houvesse a condenação do Apelado às obrigações de fazer extraídas do laudo pericial e da sugestão do assistente técnico do Ministério Público, quais sejam: cumprir o plano de manutenção dos equipamentos apresentado às fls. 3049/3129; manter em seu poder equipamentos sobressalentes adequados para casos de emergência, apresentados às fls. 3049/3129; manter em funcionamento adequado e eficaz uma central de reclamação da população.";* **(D)** *"Importante anotar, neste aspecto, que o assistente técnico entendeu adequados o plano apresentado pela parte requerida e os equipamentos emergenciais (fl. 3165), de modo que o Ministério Público levou em consideração esses documentos como parâmetro para a fixação das obrigações a fim de que o Apelado cumprisse seu plano de manutenção, além de manter os equipamentos sobressalentes, sem prejuízo da central de reclamação da população. Ou seja, uma vez demonstrado que o Apelado adequou suas atividades de modo a permanecer operando, o Ministério Público também adequou o pedido inicial*

Acesso ao Sumário

condenatório (encerramento das atividades e diminuição dos abates) para que medidas inibitórias (e menos restritivas) fossem adotadas de forma a garantir a tutela efetiva e integral do direito difuso ameaçado, no caso, o meio ambiente. (...) Embora o pedido inicial que se objetivava (encerramento das atividades e diminuição dos abates) tenha se mostrado excessivo frente à atual situação da empresa, houve congruência no pedido formulado pelo Ministério Público ante a observância do interesse difuso que desde sempre se pretendeu tutelar: o meio ambiente. Veja-se, portanto, que a pretensão autoral não foi interpretada de forma sistemática e lógica pelo MM. Juízo a quo, que, sob o fundamento de que o pedido extrapolaria os limites da lide, sequer analisou a pretensão ministerial."; **(E)** *"Ressalta-se, ademais, que em julgamento datado em 2022, proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, entendeu que no sentido de que há possibilidade de se conferir tutela que traga o mesmo resultado prático pretendido na ação civil pública a partir de uma interpretação lógico-sistemática dos pedidos.".*

Apresentadas as contrarrazões a fls. 3221/3229 pugnando pela manutenção da r. decisão.

A fls. 3237 há oposição ao julgamento virtual manifestada pela apelada.

A douta PGJ, através da *Exma. Dra. Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser*, opinou pelo provimento recursal (fls. 3240/3247).

FUNDAMENTAÇÃO:

Ab initio, observo que o apelo é tempestivo, com dispensa do preparo. Conheço-o.

Na presente ação civil pública, o Ministério Público busca tutela jurisdicional com o objetivo de estancar forte odor fétido causado pela atividade de matadouro de suínos, ora apelado.

Nesse diapasão, na peça inicial o requerente, ora apelante, requereu a "*Procedência da ação para confirmar a tutela antecipada e condenar o requerido a, no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária em valor não inferior a R$ 1.000,00,* ***a encerrar as atividades de abate e graxaria, ou que ao menos seja determinada a diminuição da produção para 800 (oitocentos) abates por dia, com a finalidade de minimizar os odores e realizar melhor controle e fiscalização da requerida****, sob pena de multa diária em valor não inferior a R$ 1.000,00*.". (**sem grifos no original**)

Depois de várias autuações da CETESB, bem como a instauração do inquérito civil nº 1275/15, a apelada contratou a empresa RC Consultoria e Projetos Industriais Ltda. (fls. 1080/1083) para, como consta na sentença, a "*prestação de serviços de elaboração de projetos, direção, fiscalização na implantação e montagens, além de direção técnica, fiscalização e administração técnica da*

Acesso ao Sumário

obra, de instalação e montagem de equipamentos, otimização do sistema operacional de cocção dos despojos oriundos do abate de suínos, tratamento de efluente líquido, tratamento de gases provenientes do processo de cocção, de subprodutos não comestíveis e construção de filtro biológico".

Diante das melhorias provenientes do contrato acima referenciado – que ocorreram durante a tramitação da presente ação –, houve inegável diminuição dos odores fétidos que o Ministério Público visava a cessação, conforme, inclusive, conclusão pericial nesse sentido, *in verbis*:

> *O Frigorífico Rajá realiza o abate de suínos e a reciclagem dos resíduos de origem animal, o que consiste na fabricação de farinha de pêlos, pelo sangue e pelos ossos e de gordura animal a partir dos resíduos suínos não comestíveis. Esta atividade é realizada na graxaria, local que gera odor fétido que causa incômodo no seu ambiente interno;*
>
> *Em 2018, após os pareceres do CAEx e da CETESB, a Ré realizou a contratação da empresa RC Consulta e Projetos Industriais, promovendo reformas na planta e algumas melhorias no sistema de controle de emissão de odores, incluindo reparos de elementos construtivos danificados, o enclausuramento da graxaria e a sua exaustão para o sistema de tratamento de gases, bem como a instalação de filtro biológico na saída do sistema;*
>
> *3. Atualmente, nas vistorias realizadas in loco, na percepção olfativa do perito, não foi constatado qualquer odor proveniente do frigorífico fora dos limites de sua propriedade, o que sugere que as reformas realizadas foram eficientes para controlar o odor;*

Diante do narrado, o Ministério Público, em suas alegações finais, pela alteração fática da situação de que trata a presente ação, requereu, em substituição aos pedidos da inicial, que a apelada fosse condenada a "*cumprir o plano de manutenção dos equipamentos apresentado às fls. 3049/3129; manter em seu poder equipamentos sobressalentes adequados para casos de emergência, apresentados às fls. 3049/3129; manter em funcionamento adequado e eficaz uma central de reclamação da população*.".

Quando do julgamento da ação, o juízo *a quo* consignou na sentença, *in verbis*:

> *Os pedidos formulados em sede de alegações finais (fls. 3155/3165) não merecem ser considerados, por inovarem e diferirem daqueles inicialmente postulados: cumprimento do plano de manutenção dos equipamentos apresentados as fls. 3049/3129, manutenção em seu poder de equipamentos sobressalentes adequados em caso de emergência; manutenção em funcionamento adequado e eficaz de uma central de reclamação da população. E isto porque, tais observações constaram do laudo*

Acesso ao Sumário

como orientação para a manutenção e implementação do procedimento adequado, adotado pela empresa, sendo inviável que tais orientações constem da sentença com preceito cominatório.

É exatamente contra este capítulo da sentença que se insurge o Ministério Público.

Pois bem.

Quanto ao limite que o pedido impõe à instrução e julgamento da demanda, necessário fazer breves considerações.

Os pedidos podem ser divididos em imediato e mediato. Enquanto aquele é voltado ao juiz, consistente na providência jurisdicional almejada, este é voltado contra a parte adversa, tendo por objetivo o resguardo do bem jurídico para o qual se busca a tutela; o direito material, portanto.

O pedido imediato visa viabilizar o pedido mediato, com o efetivo resguardo da tutela do direito material (que é o que se busca, em última análise, do Estado-Juiz).

Tais considerações merecem destaque pois, pelo princípio da congruência, é o pedido que limita a prestação jurisdicional, nos termos do artigo 141 do CPC, *in verbis*:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Ainda sobre o tema, o artigo 322, § 2º do CPC dispõe que:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

(...)

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

Tendo como referência o acima exposto, a melhor interpretação é a de o limite à prestação jurisdicional é o pedido mediato, ainda que, para isso, se deva mitigar o pedido imediato. Tal interpretação, inclusive, é esposada nos artigos 497 e 536, ambos do CPC, *in verbis*:

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

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Acesso ao Sumário

O STJ, no julgamento do AgInt no AgInt no REsp nº 1430917/RN, assim decidiu:

> *Hipótese em que o Tribunal de origem, ancorado naquele preceito do CPC/1973 e no âmbito do processo coletivo, afastou a alegação de julgamento extra petita, ao fundamento de que, embora inexistisse pedido expresso para fiscalizar outros empreendimentos, essas providências (obrigação de fazer) foram impostas para "evitar os loteamentos irregulares", com o fito de "garantir a efetivação de tutela especifica ou a obtenção do resultado prático equivalente"*

Nesse diapasão, não por outro motivo é dado ao juiz o dever de sentenciar a demanda tutelando o bem jurídico, ainda que de forma diversa da pretendida (pedido imediato), se o resultado pretendido (pedido mediato) puder ser alcançado de forma igualmente útil, porém menos onerosa à parte contrária.

Os limites que os pedidos impõem à instrução e julgamento da demanda existem para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório da parte adversa, que produzirá as provas que entender necessárias ao julgamento da demanda em seu favor. Por isso não se pode admitir a alteração do pedido mediato.

No presente caso, contudo, o Ministério Público busca a tutela do meio ambiente, mais especificamente a cessação dos odores fétidos produzidos pela apelada (pedido mediato) e, na inicial, requereu o encerramento da atividade ou a diminuição da produção (pedido imediato), já que, à época, era a medida que, no seu entender, se fazia necessária.

Diante da alteração fática no curso da lide, proveniente das reformas na planta da apelada, não mais subsistiu a necessidade de encerramento da atividade ou a diminuição da produção. Reconhecendo isso em suas alegações finais, o apelante requereu outras medidas – menos onerosas em relação as inicialmente requeridas – que, no seu entender, continuam sendo necessárias para tutelar, de forma efetiva, o pedido mediato requerido na inicial.

Ressalto que a alteração do pedido imediato, conforme requerido, não traz nenhum prejuízo à ampla defesa e contraditório da apelada, uma vez que a tutela que se busca envolve exatamente os mesmos fatos descritos na inicial, cuja instrução se debruçou.

Assim, passo à apreciação da necessidade de condenar a apelada nas obrigações de fazer, nos moldes em que requerido pelo Ministério Público em suas alegações finais.

Da atenta análise dos autos, observamos que as medidas administrativas não foram suficientes para fazer a apelada a cumprir as normas administrativas com eficiência. Tanto é verdade que mesmo quando esta ação já tramitava, a CETESB, diante da reiteração de descumprimentos das exigências por ela estabelecidas, recomendou "*a aplicação de interdição temporária do empreen-*

dimento, até o controle das fontes de emissão de odor do setor de graxaria", conforme informação técnica a fls. 2377/2378 datada de 23/11/2018.

Nota-se, portanto, que a data do referido documento é de mais de três anos da data do início do inquérito civil nº 1275/15, instaurado em 10/08/2015.

Ainda, pesquisa (fls. 2056/2061) realizada com a vizinhança da apelada em 09/01/2019, apesar de os analistas ressalvarem a necessidade de maior período para que a população possa atualizar a percepção, constatou que 45% das pessoas indagadas declarou que houve redução dos odores, porém ainda incomoda.

Esses motivos, embora não sustentem a condenação da apelada nos termos dos pedidos iniciais, indicam a necessidade de provimento jurisdicional e, por isso, justificam a condenação dela nas obrigações de fazer consistentes em: i) cumprir o plano de manutenção dos equipamentos apresentado às fls. 3049/3129; ii) manter em seu poder equipamentos sobressalentes adequados para casos de emergência, apresentados às fls. 3049/3129; iii) manter em funcionamento adequado e eficaz central de reclamação da população.

Ressalto que a condenação na obrigação de cumprir tais medidas, além de garantir o bom funcionamento dos sistemas da empresa, permite a atribuição de providências mais efetivas por parte do Ministério Público em caso de novo lançamento de odores fétidos causados pelo descumprimento direto dessas obrigações, já que o apelante poderá iniciar cumprimento de sentença requerendo medidas imediatas para sanar o problema, sem a necessidade de distribuir nova ação civil pública.

Como argumento de reforço, lembro que o princípio da congruência não deve ser interpretado isoladamente, devendo ser harmonizado com o da máxima efetividade da prestação jurisdicional, conforme preceitua o CPC em vigor, a ser necessariamente conjugado com o sistema que rege o processo civil coletivo. Os princípios da celeridade, economia e razoável duração igualmente devem ser prestigiados, mormente em se tratando de interesses difusos consagrados no art. 225 da CF. De fato, **aqui <u>não</u> se defendem interesses privados** que justificassem um maior rigor formal e a prevalência de obstáculos processuais sobre a efetiva análise do direito material e a postulada defesa do meio ambiente.

Há mais. Segundo a teoria eclética, as condições da ação devem estar presentes no momento da sentença, podendo se encontrar, na ocasião, em situação diversa da existente no momento do ajuizamento. Isto é comum nas ações possessórias e também nas ambientais, que sofrem constante alteração do quadro fático durante sua tramitação. Foi o que aqui se verificou.

Para evitar uma decisão surpresa, vedada pelos arts. 9º e 10 do CPC, necessário se anular a sentença para que, após ouvidas sucessivamente as partes em 15 dias, outra seja prolatada, com a apreciação do mérito dos pedi-

Acesso ao Sumário

dos que foram ajustados, adaptados e atualizados nas razões finais do MP.

Se dão como prequestionados 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. Assim já se pacificou nos tribunais superiores.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo **provimento parcial do recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002577-02.2021.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que são apelantes MUNICÍPIO DE TAIAÇU e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.247)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 19 de janeiro de 2023.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Apelação Cível – Ação Civil Pública – Abrigamento de pessoa com deficiência em residência inclusiva – Procedência da ação – Insurgência de ambos os réus – Recurso do Município fundamentado na ilegitimidade passiva – Rejeição – Interessado que residia em Taiaçu e vinha sendo acompanhado pela Secretaria de Assistência Social e APAE da localidade – Mudança de cidade que decorreu justamente da negativa do Município réu ao requerimento administrativo, e que sequer possuía ânimo de permanência – Declaração que instrui o apelo do Município que não comprova que o interessado continua na cidade limítrofe – O fato de não mais se encontrar no endereço mencionado não afasta a possibilidade do jovem estar em Taiaçu, mormente considerando que já foi encon-

Acesso ao Sumário

trado em situação de rua – Apelo do Estado de São Paulo – Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada – Documentos carreados aos autos que são suficientes para comprovar a necessidade de acolhimento do interessado em residência inclusiva – A ausência de cuidado para com o jovem vem sendo discutida no âmbito administrativo e judicial há anos – Relatório produzido por diversos profissionais do Município de Taiaçu que expressamente mencionam a necessidade do acolhimento – Direito à moradia às pessoas com deficiência que é garantido por força do art. 31 da Lei nº 13.146/2015 – Residência inclusiva que será prestada à pessoa com deficiência em situação de dependência que não disponha de condições de autossustentabilidade, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos – Conjunto probatório apresentado que demonstra a dependência do interessado, bem como a fragilidade de seus vínculos familiares – Alegação de que o custeio do serviço é atribuição municipal que também não prospera – É 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 – Inteligência do art. 23, XIV, da Constituição Federal – Serviço que visa garantir o direito à moradia, mas que tem íntima ligação com o direito à saúde, cuja assistência é comum a todos os entes da Federação – Inteligência do art. 196 da Constituição Federal – Entendimento quanto à solidariedade que foi confirmado na tese fixada pelo E. STF no julgamento do RE 855.178 (Tema nº 793) – Ressalvada a possibilidade de direcionamento quando do cumprimento de sentença, ou posterior ressarcimento através dos meios adequados – Precedentes – Sentença mantida – Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Taiaçu e do Estado de São Paulo, objetivando "*que os requeridos promovam o abrigamento de Vinicius Borçonaro Hartt em residência inclusiva conveniada ou mantida pelo Poder Público com*

recursos de atendimentos adequados e necessários às suas condições de saúde física e mental" (fls. 09).

A tutela de urgência postulada foi deferida (fls.120/123).

O Estado de São Paulo interpôs recurso de agravo de instrumento, ao qual esta C. Câmara deu parcial provimento (fls. 276/284):

Agravo de instrumento – Antecipação de tutela – Acolhimento de jovem portador de necessidades especiais em residência inclusiva – Instituição especializada nos cuidados de que o jovem necessita – Probabilidade do direito e perigo de dano verificados – Relatórios médicos e sociais que comprovam vulnerabilidade social e precariedade dos laços familiares – Concessão de prazo suplementar para cumprimento da ordem judicial – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 3004935-03.2021.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Jaboticabal - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/11/2021; Data de Registro: 03/11/2021).

Os réus apresentaram contestação às fls. 148/156 e 157/219.

A ação foi julgada procedente (fls. 314/317), nos seguintes termos:

"(...) Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para, confirmando-se a decisão de fls. 120/123, condenar o Município de Taiaçu e a Fazenda Pública Estadual na obrigação de fazer consistente em providenciar vaga de abrigamento em residência inclusiva para VINICIUS BORÇONARO HARTT em instituição com adequada estrutura e serviços profissionais de suporte às suas necessidades especiais, quer seja mediante prestação direta, quer seja mediante realização de convênios ou custeando o abrigamento em entidades particulares, em instituição próxima a sua residência e pelo tempo que se fizer necessário".

Apelam ambos os réus (fls. 324/331 e 333/364).

Os recursos foram regularmente processados e contrariados (fls. 372/379).

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 395/398, opinando pelo desprovimento dos apelos.

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, narrando que foi instaurado junto à Promotoria de Justiça de Jaboticabal o Procedimento Administrativo de Natureza Individual nº 36.0308.0000922/2020-3, diante de representação noticiando a ocorrência de possível violação a direitos fundamentais de pessoa identificada como "Vinicius", que seria portador de deficiência intelectual e estaria sendo vítima de

maus tratos cometidos por sua avó (fls. 12/15).

Considerando as informações recebidas, foi encaminhado ofício ao Centro de Referência de Assistência Social - CRAS, a fim de que identificasse a vítima e realizasse acompanhamento do caso, remetendo relatório em 20 dias (fl. 18).

O relatório produzido pelo Departamento Social de Taiaçu (fls. 21/25) informou que a representação se referia a Vinicius Borçonaro Hartt, portador de Deficiência Intelectual Moderada (CID F71) e Transtorno de Espectro Autista (TEA-CID F-84.0), com comprometimento significativo do comportamento, associado a crises convulsivas e conversivas.

Narrou, ainda, que Vinicius estava sob cuidados de sua bisavó, no entanto, em razão do falecimento da cuidadora, a genitora do substituído teria assumido a atribuição. Ocorre que, a Sra. Ana Paula Hart, mãe de Vinicius, é usuária de bebidas alcoólicas, o que a impede de auxiliá-lo da forma devida.

Esclareceu, ainda, que a família é acompanhada pelo CRAS e pela APAE, que tentaram buscar familiares em condições de cuidar de Vinicius, mas não obtiveram sucesso. Restou demonstrado, portanto, que a família do substituído não consegue prestar o devido suporte a ele, razão pela qual "*o único caminho para proteção de Vinicius seria inseri-lo em Residência Inclusiva, com o intuito de melhorar sua qualidade de vida*" (fls. 03).

Nessa esteira, foi expedido ofício à Secretaria de Saúde do Município de Taiaçu para que providenciasse vaga de abrigamento ao paciente em instituição que mantenha convênio com o Estado de São Paulo e possua adequada estrutura e serviços profissionais que supram suas necessidades, ou que o Município realize convênio ou custeie o abrigamento em entidade particular, uma vez que não dispõe do serviço de Residência Inclusiva (fl. 70).

Em resposta, a Secretaria Municipal de Saúde esclareceu que estava com dificuldade de conseguir um local para acolher o jovem, mas que tentaria solucionar o caso, sem apontar prazo ou solução efetiva (fl. 81). Diante da inércia da Municipalidade, o autor interpôs a presente demanda.

Extrai-se dos documentos que instruem a exordial que a questão relativa aos cuidados de Vinicius vem sendo abordada no âmbito judicial desde 2019.

Em outubro de 2019, a avó do jovem ajuizou a ação de obrigação de fazer nº 1004769-73.2019.8.26.0291, postulando a internação compulsória de Vinicius, com a promoção e custeamento do tratamento do paciente em instituição de saúde pública, ou na falta, particular, em período integral, pelo tempo que fosse necessário. A petição inicial, todavia, foi indeferida, tendo a r. sentença transitado em julgado em 26.05.2020.

Em agosto de 2020, o genitor de Vinicius ajuizou a ação de obrigação de fazer nº 1002834-61.2020.8.26.0291, também pleiteando a internação compul-

Acesso ao Sumário

sória do jovem. O pedido, no entanto, foi julgado improcedente, uma vez que "*restou demonstrado que a internação compulsória não é a medida adequada ao quadro de saúde e condição social de Vinicius*". A r. sentença transitou em julgado em 14.06.2022.

Pois bem.

Inicialmente, a alegação de ilegitimidade passiva aventada pelo Município réu deve ser rejeitada. Conforme o histórico narrado, Vinicius residia em Taiaçu e lá vinha sendo acompanhado pela Secretaria de Assistência Social e pela APAE, que identificaram a necessidade da residência inclusiva. Tal procedimento foi requerido junto à Prefeitura que, todavia, resistiu no cumprimento da obrigação.

Justamente em razão da falta de providências pelo Município réu é que o jovem passou a residir com sua tia na cidade limítrofe. Note-se, ainda, que os próprios relatórios mencionados pelo apelante demonstram que a mudança não possuía ânimo de permanência, o que corrobora a argumentação do apelado no sentido de que Vinicius teria retornado ao Município de Taiaçu.

Destaco, ademais, que a declaração que instrui às razões de apelação da municipalidade não é suficiente para comprovar que o interessado permanece residindo no Município de Taiuva. Isso porque, o simples fato de não mais se encontrar no endereço indicado (Rua Joaquim Gonçalves Gonzaga, 837, Fundos) não afasta a possibilidade de que esteja em Taiaçu, mormente considerando que, por muitas vezes, em razão da ausência de pessoa capaz de fornecer os cuidados necessários, Vinicius foi encontrado nas ruas da cidade, conforme narrado no relatório de fls. 21/25.

Por conseguinte, o apelo do Município de Taiaçu não comporta acolhimento.

O Estado de São Paulo, por sua vez, recorreu alegando cerceamento de defesa, em razão da ausência de avaliação prévia multidisciplinar e multissetorial. Sustentou que há necessidade de a questão ser mais bem apurada, através de dilação probatória, a fim de determinar qual serviço de reabilitação psicossocial e tratamento multidisciplinar o paciente necessita. Requereu, portanto, a nulidade da r. sentença, "*possibilitando-se produção do Laudo Circunstanciado, por avaliação prévia multidisciplinar e multissetorial, com elaboração do Plano Individual de Atendimento, pela Equipe do CAPS; NASF; e/ou ESF do Município de TAIAÇU E/OU JABOTICABAL*" (fl. 340).

À evidência que ao Juiz, como destinatário da prova, cabe aferir quanto à necessidade ou não da produção probatória requerida, podendo indeferir aquelas que lhe parecem desnecessárias, impertinentes ou irrelevantes, bem como julgar antecipadamente a lide, nos termos do art. 355 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Nada obstante, convém lembrar os ensinamentos de dois grandes mestres do direito processual civil pátrio sob o tema.

Na lição de Vicente Greco Filho:

A decisão, contudo, sobre o cabimento ou não do julgamento antecipado não depende da convicção antecipada do juiz, mas da natureza da controvérsia e da situação objetiva constante dos autos. Não é porque o magistrado já se convenceu a respeito dos fatos que deve indeferir as provas e julgas antecipadamente. (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, Ed. Saraiva, 2008, p. 186).

Ante a invocação de cerceamento de defesa convém lembrar lição de J. J. Calmon de Passos sobre o tema:

Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige, ainda, que esses fatos controvertidos sejam pertinentes e relevantes (COMENTÁRIO AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Ed. Forense, RJ, vol. III, pág. 4).

E continua:

Fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante, aquele que sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. (op. cit.)

Daí se extrai que, para ensejar a produção de provas, não basta o requerimento das partes, mas que os fatos em debate sejam controvertidos, pertinentes e relevantes, portanto, capazes de influir na decisão da causa.

Na hipótese dos autos, a despeito das alegações do apelante, a necessidade de acolhimento de Vinicius em local equivalente à residência inclusiva restou evidentemente demonstrada.

Conforme constou alhures, a questão relativa aos cuidados do interessado vem sendo debatida no âmbito administrativo e judicial há anos. O relatório produzido pelo Departamento Social do Município de Taiaçu, subscrito por diversos profissionais (Diretora da APAE, Assistente Social da APAE, Procuradora da APAE, Coordenadora do CRAS, Psicóloga do CRAS, Assistente Social do CRAS e Gestor Municipal da Assistência Social) mencionam expressamente a necessidade de "internação" de Vinicius:

"*(...)*

Este caso não se trata de uma internação com vertente de reclusão, mas sim de uma internação com vertente de uma tentativa de qualidade de vida a Vinicius. Entendemos que a família sempre será o primeiro grupo social onde a criança é inserida, mas neste momento Vinicius necessita de uma instituição onde lhe possa ser ofertado um espaço de desenvolvimento e recursos para sua sobrevivência, (...).

Vinicius é portador de Deficiência Intelectual Moderada (CID F71) e

Transtorno do Espectro Autista (TEA-CID F84.0), com comprometimento significativo do comportamento associado a crises convulsivas e conversivas (RELATÓRIO MÉDICO E PSICOLÓGICO EM ANEXO), o que reforça ainda mais a necessidade deste espaço clínico para seu desenvolvimento, pois infelizmente a família não consegue oferecer de maneira qualificada e saudável".

O relatório médico produzido por profissional da rede pública municipal de saúde, por sua vez, também corrobora com tal indicação (fl. 42):

"*Vinicius Bolsonaro Hartt, frequenta a APAE de Taiaçu desde 2005, com diagnóstico de Deficiência Intelectual Moderada (CID F71) + Transtorno de Espectro Autista (F84.0), com comprometimento significativo do comportamento, associado a crises convulsivas e conversivas com frequência, mesmo com uso regular de medicação, apresenta crises de histeria e agressividade com certa frequência, necessitando de contenção física e química.*

Não tem continência sócio-familiar e encontra- se na maioria das vezes em condições de rua, sem cuidados de higiene, às vezes até sujo de fezes, sem roupas e calçados adequados. Não tem condições intelectuais de cuidar de si, necessitando de auxílio de terceiros.

Sugiro internação em instituição especializada para melhor cuidado do incapaz".

Ao ser notificada para esclarecer no que consiste a "internação em instituição especializada" recomendada ao interessado, a profissional vinculada à Secretaria Municipal de Saúde afirmou:

"*Quando me refiro à instituição especializada, quero dizer um local com ambiente protegido, onde o incapaz possa ter suas necessidades básicas atendidas com alimentação adequada, horário correto para tomar medicações, acompanhamento psico-pedagógico para estimular cognição, higiene corporal adequada, proteção contra a violência das ruas*".

Com efeito, o conjunto probatório dos autos é robusto no sentido de comprovar a grave e frágil situação em que Vinicius se encontra, bem como a urgente necessidade de que seja providenciado abrigo adequado ao jovem.

Acesso ao Sumário

Destaco, ainda, que o pedido inicial é no sentido de que o Poder Público promova o abrigamento de Vinicius em residência inclusiva com recursos de atendimentos adequados e necessários às suas condições de saúde física e mental. Nesse sentido, embora de fato seja necessário individualizar o tratamento ao caso do paciente, tal fato não obsta a procedência da ação, uma vez que tal avaliação pode ser realizada após o acolhimento do jovem que, como se viu, encontra-se desprovido de qualquer cuidado.

Dessa maneira, a preliminar alegada deve ser rejeitada.

No mérito, o Estado de São Paulo tece comentários acerca da relação entre a pessoa com deficiência e o Sistema Único de Saúde - SUS, consignando

que o atendimento inicial é realizado pela Unidade Básica de Saúde, através dos profissionais das Equipes de Saúde da Família, na unidade de saúde ou nos domicílios; que uma das principais Diretrizes de uma Política Pública de Saúde Mental é o trabalho no território, ou seja, que seja mantido o relacionamento com as redes sociais da pessoa que receberá o cuidado; que a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a tratamento ou institucionalidade forçada, a não ser em casos de emergência e/ou urgência, ou risco de morte; e que os serviços de saúde pública devem assegurar a pessoa com deficiência, de plano, diagnóstico e intervenções precoces, realizados por equipe disciplinar. Aduz, portanto, que o pedido formulado na exordial "é condicionado e incerto, sujeito à evento futuro e indeterminado, e que há necessidade da recusa do Estado de São Paulo em fornecer serviço de moradia e acolhimento que venha a ser recomendado por prescrição médica, sem possibilidade da contraargumentação através da perícia judicial, e qual é realmente o tratamento adequado" (fl. 342).

Quanto à tal fundamentação, faz-se necessário reiterar que o caso de Vinicius vem sendo acompanhada por equipe multidisciplinar do Município corréu há anos. Houve tentativa de instrução dos cuidadores acerca das necessidades do jovem, bem como contato com outros familiares, a fim de que o interessado permanecesse inserido em sua família, mas conforme dispõe o relatório de fls. 21/52, nenhuma dessas medidas foi eficaz. Constou: "*Entendemos que a família sempre será o primeiro grupo social onde a criança é inserida, mas neste momento Vinicius necessita de uma instituição onde lhe possa ser ofertado um espaço de desenvolvimento e recursos para sua sobrevivência*" (fl. 24).

Com efeito, o atendimento inicial mencionado pelo apelante foi devidamente realizado, com intervenções diversas englobando a família de Vinicius, mas ele continua sem contar com os cuidados necessários. Dessa forma, a circunstância em que se encontra o interessado, por muitas vezes vivendo nas ruas, sem fazer uso da medicação devida e sem acesso a alimentação, higiene e outras necessidades básicas, evidencia grandes riscos, o que reforça a necessidade do abrigamento.

O apelante argumenta, ademais, que o atendimento das pessoas com deficiência mental é realizado em rede, e que existem serviços substitutivos à Atenção Hospitalar, em regime integral, junto ao hospital geral ou hospital psiquiátricos, que abrangem serviços prestados dentro do Sistema Único de Saúde, como: i) Atenção Residencial de Caráter Transitório: - Unidade de Acolhimento; -Serviço de Atenção em Regime Residencial; ii) Serviços de Desinstitucionalização: -Serviços Residenciais Terapêuticos; -Programa de Volta para Casa.

Aduz que a Lei nº 13.146/2015, que constitui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispõe em seu art. 31 acerca da residência inclusiva, a qual consiste em moradia, e não atenção hospitalar, e que tal dispositivo estabelece pressupostos de admissibilidade da pessoa com deficiência à inclusão no serviço de

Acesso ao Sumário

residência inclusiva, exigindo ampla dilação probatória para seu fornecimento pelo Poder Público.

Refere que, para obtenção do serviço de residência inclusiva, o interessado "*deve passar por AVALIAÇÃO PRÉVIA MULTIDISCIPLINAR, pela Equipe do Núcleo de Assistência à Saúde da Família (NASF) e/ou Equipe da Saúde Familiar (ESF), para elaboração do Laudo Circunstanciado, com constatação do grau da deficiência, bem como do grau da sua dependência, para análise dos requisitos de admissibilidade; e inclusão no respectivo serviço, e de acordo com suas necessidades, com prévio Plano Individual de Atendimento (PIA), e Projeto Político Pedagógico -PPP (organização do cotidiano)*" (fl. 345), e que inexiste urgência e/ou emergência médica para que a vaga em residência inclusiva seja fornecida de imediato.

Quanto a esse ponto, merece destaque a redação do mencionado art. 31 da Lei nº 13.146/2015:

Art. 31. A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva.

§ 1º O poder público adotará programas e ações estratégicas para apoiar a criação e a manutenção de moradia para a vida independente da pessoa com deficiência.

§ 2º ***A proteção integral na modalidade de residência inclusiva será prestada no âmbito do Suas à pessoa com deficiência em situação de dependência que não disponha de condições de autossustentabilidade, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos***.

Conforme já esclarecido por diversas vezes, os documentos carreados aos autos demonstram claramente que o interessado "*Não tem condições intelectuais de cuidar de si, necessitando de auxílio de terceiros*" (fl. 42). Há, portanto, situação de dependência, sendo comprovado que Vinicius não dispõe de condições de autossustentabilidade. Ademais, a fragilidade dos vínculos familiares também se verifica.

Acesso ao Sumário

Após o falecimento da Sra. Jordania, bisavó de Vinicius, a genitora do jovem, Ana Paula Hart, assumiu seus cuidados. Cabe destacar, entretanto, que a Sra. Ana Paula é dependente de bebidas alcoólicas e foi condenada a 7 anos de prisão, conforme mencionado à fl. 22. O genitor de Vinicius foi contatado pelo CRAS e pela APAE, mas informou que não tem condições de ofertar os cuidados necessários, tendo, inclusive, ajuizado ação de obrigação de fazer pleiteando a internação compulsória do interessado.

Vinicius também já residiu com sua tia, Patrícia, que tem sua guarda provisória, e com sua avó Neuza, mas a avaliação realizada pelo Departamento

Social de Taiaçu é conclusiva no sentido de que as necessidades do jovem não estão sendo supridas. Conforme constou, "*a avó Neuza Borçonaro e a Tia Patrícia Borçonaro tentam ofertar esse espaço de desenvolvimento para Vinicius, porém não consegue ofertá-lo, colocando Vinicius em vulnerabilidade, pois permanece na rua, com suas necessidades feitas todas na roupa*" (fl. 24).

Note-se, portanto, que ao revés do que defendido pelo apelante, há prova inequívoca acerca dos requisitos exigidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Destaco, por fim, que a argumentação do Estado de São Paulo, no sentido de que é atribuição municipal o custeio do serviço de residência inclusiva, também não tem o condão de modificar a r. sentença.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 23 que "É ***competência comum*** *da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)*". O art. 24, inciso XIV, por sua vez, indica que cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre "*proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência*".

Outrossim, o fornecimento de vaga em residência inclusiva, embora vise garantir o direito à moradia às pessoas com deficiência, também possui íntima relação com o direito à saúde, igualmente assegurado constitucionalmente.

Nesse contexto, verifica-se que o dever de assistência à saúde é comum aos entes da Federação, conforme dispõe o art. 196 da Constituição Federal: "*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Tal entendimento foi confirmado pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 855.178, afetado para definição do Tema nº 793 de Repercussão Geral, reforçado o caráter solidário da responsabilidade relacionada a prestação de assistência à saúde, indicando-se apenas a possibilidade de que o ente que suportou o ônus em razão da decisão judicial seja ressarcido. Cita-se a tese: "*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*".

Quanto à interpretação da tese, assim já se pronunciou também o C. Superior Tribunal de Justiça:

"*A ressalva constante da parte final da mencionada tese não modifica a*

Acesso ao Sumário

legitimidade dos entes federativos para figurarem no polo passivo das demandas prestacionais na área de saúde, pois não foi alterado o caráter solidário da referida obrigação. A referência aos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização e à repartição de competências entre os respectivos entes federados, no âmbito do SUS, ***trouxe diretriz ao magistrado do cumprimento da sentença, nos casos em que mais de um ente público for condenado a fornecer o tratamento de saúde. Além disso, a sobredita ressalva proporciona a quem suportou o ônus financeiro da obrigação a buscar o respectivo ressarcimento***". (AgInt no REsp 1043168/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 17/03/2020).

Com efeito, cabe a ambos os réus o fornecimento do quanto requerido na exordial, ressalvada a possibilidade de direcionamento quando do cumprimento de sentença, ou o posterior ressarcimento através dos meios adequados.

Nessa esteira, a procedência da ação era mesmo de rigor.

Nesse sentido:

Emenda: Ação ordinária – Acolhimento em residência terapêutica adequada à pessoa portadora de transtornos mentais – Admissibilidade – Dever do Estado – Artigo 196 da Constituição Federal – Documentos juntados aos autos que comprovam a necessidade do acolhimento em instituição de longa permanência (Residência Terapêutica) e a hipossuficiência econômica da autora – Precedentes – Sentença de procedência da ação – Verba honorária arbitrada, no entanto, com razoabilidade – Manutenção – Desprovimento dos recursos da Municipalidade e oficial, para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos. (TJSP; Apelação Cível 1007734-67.2019.8.26.0309; Relator: Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/12/2022; Data de Registro: 16/12/2022).

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RESIDÊNCIA INCLUSIVA. Sentença que julgou procedente pretensão para que acolhida pessoa com deficiência em residência inclusiva em ordem a obter cuidados especiais. Sentença ilíquida. Remessa obrigatória que se considera interposta. Insurgência do Município de Santa Adélia. Tese de ilegitimidade passiva. Desacolhimento. As normas constitucionais a tutelarem a saúde impõe aos três entes federativos, em igual proporção, em conjunto ou isoladamente, o dever de prestar atendimento apropriado. Responsabilidade que não se verifica em diferente medida entre os entes federativos a comporem o Sistema Único de Saúde SUS. Observância obsequiosa ao Tema nº 793, STF. Cerceamento de defesa igualmente não verificado. A legislação processual de regência conferiu ao magistrado a discricionariedade para sopesar caso a caso a necessidade, utilidade e oportunidade da

Acesso ao Sumário

produção de provas, dispensando-as quando desnecessárias ou protelatórias. Exegese do art. 370, CPC. Constatações promovidas e consignadas por profissionais idôneos médicos e assistente social. Julgamento fundado em suficiência probatória documental. Pessoa com deficiência em decorrência de acidente vascular cerebral (AVC) isquêmico (CID: I64) que acometeu gravemente suas funções motoras, a depender de cuidados em tempo integral em razão das sequelas sofridas, além de ser hipertenso, portador de cirrose hepática, diabetes mellitus e recentemente diagnosticado com transtorno misto de ansiedade e depressão. Requerente que não possui companheira, tampouco filhos, com pais já falecidos. Em que pese possuir seis irmãos, soube-se que a convivência familiar e comunitária se encontra prejudicada, exceto pelo acompanhamento de seu irmão e curador provisório. Constatação médica que os cuidados empreendidos se revelam insuficientes, uma vez que o paciente demanda cuidados intensivos e em período integral. Relatório psicossocial promovido pelo d. juízo de origem a atestar a alegada insuficiência de cuidados e recursos. Ausência de condições para sua autossustentabilidade, em que pese o apoio ofertado por seu curador, haja vista a existência de vínculos familiares fragilizados. Documentação suficiente a indicar o comprometimento da saúde física e emocional do paciente a ponderar pela necessidade da medida postulada. Permanência em residência inclusiva, ou estabelecimento similar, que se apresenta como solução acertada até que o requerente atinja a idade necessária para que acolhido em instituição de longa permanência para idosos (ILPI). RECURSOS VOLUNTÁRIO E OFICIAL DESPROVIDOS. (TJSP; Apelação Cível 1001667-31.2021.8.26.0531; Relator: Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Adélia - Vara Única; Data do Julgamento: 16/12/2022; Data de Registro: 16/12/2022).

RECURSO EX OFFICIO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACOLHIMENTO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEM CONDIÇÕES DE AUTOSSUSTENTABILIDADE. Pessoa com deficiência física e possível transtorno mental desamparada pela família e com indícios de violência física e patrimonial de terceiros. Reconhecimento da situação de vulnerabilidade. O direito à saúde mental e física está previsto na Constituição Federal em seu art. 6º e art. 196, bem como a assistência social aos cidadãos – art. 203, inciso IV. A Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – estabelece especial proteção, inclusive no art. 18, caput, assegura a atenção especial integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantindo acesso universal e igualitário. Previsão expressa na referida lei, nos artigos 31 e 33, do dever do Poder Público, em todas suas esferas, de garantir a proteção integral na modalidade de residência inclusiva que deve ser prestada no âmbito do SUS à pessoa com deficiência em situação de dependência que não disponha

Acesso ao Sumário

de condições de autossustentabilidade, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos, como no caso concreto. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1002037-29.2021.8.26.0072; Relator: Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Bebedouro - 1ª Vara; Data do Julgamento: 10/12/2022; Data de Registro: 10/12/2022).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Saúde pública – Acolhimento em residência terapêutica – Doenças mentais – Necessidade de tratamento médico com internação – Direito à saúde; dever do Estado, direito do povo – Art. 196 da Constituição Federal, norma programática que não constitui promessa constitucional inconsequente – Responsabilidade solidária dos entes federados – Tema 793/STF – Multa diária não confirmada na sentença de mérito – Sentença mantida – Recursos de apelação dos réus, desprovidos, na parte conhecida. (TJSP; Apelação Cível 1000461-15.2022.8.26.0541; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Fé do Sul - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/12/2022; Data de Registro: 09/12/2022).

Por esses fundamentos, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

Incabível a fixação de verba honorária na via eleita.

Para fins de prequestionamento, tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001229-45.2022.8.26.0474, da Comarca de Potirendaba, em que é apelante PALOMA MACHADO DE ABREU MARTINS, é apelado MUNICÍPIO DE POTIRENDABA.

Acesso ao Sumário

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.159)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), SILVIA MEIRELLES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 12 de janeiro de 2023.

ALVES BRAGA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. Em repercussão geral (RE 598.099/MS, Tema 161), o c. STF decidiu que "O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação", ressalvadas situações excepcionais, caracterizadas por superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade, em que se poderá deixar de nomear os candidatos aprovados. Candidata aprovada dentro do número de vagas. Ausência de prova de situação excepcionalíssima, dotada de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade. Direito líquido e certo demonstrado. Precedentes.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **PALOMA MACHADO DE ABREU MARTINS** contra a r. sentença de fls. 309/12 que, em mandado de segurança impetrado contra ato da **PREFEITA MUNICIPAL DE POTIRENDABA**, denegou a ordem pela qual se buscava ver reconhecido o direito líquido e certo à nomeação, no concurso público em que obteve aprovação.

Discorre a impetrante que o Edital 01/2019 previa duas vagas para o cargo de auxiliar de consultório dentário, e que foi aprovada em 2º lugar na lista de classificação. Aduz que, decorrido o prazo de validade do certame, apenas um candidato foi convocado, o que fere direito subjetivo à nomeação, pois obteve classificação dentro do número de vagas disponíveis.

Requer a aplicação do julgado de c. STF (RE 598.099/MS, Tema 161), em que se reconheceu que a Administração dispõe de discricionariedade para escolher o momento mais oportuno para a nomeação, dentro do prazo de validade, porém, vinculada ao edital quanto ao número de vagas oferecidas no concurso público. Pugna pela concessão da ordem (fls. 317/37).

Contrarrazões a fls. 343/52.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso comporta provimento.

Em repercussão geral (**RE 598.099/MS, Tema 161**), o c. Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: "*O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação*".

Acesso ao Sumário

Confira-se a ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. **Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.**

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. **O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público**. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais

podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. **Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência**: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; **b) Imprevisibilidade**: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; **c) Gravidade**: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; **d) Necessidade**: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. **O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos**. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO." (g.n.)

A impetrante foi aprovada na **2ª colocação** no concurso público para o provimento de **2 cargos** de auxiliar de consultório dentário (fls. 168 e 193).

Acesso ao Sumário

O prazo de validade do concurso **expirou em 21 de julho de 2022** (fls. 19).

Há provas da aprovação dentro do número de vagas previsto no edital e a expiração do prazo de validade do concurso, sem que tenha havido a nomeação e posse.

As informações e contrarrazões de apelação do Município se limitam a argumentos genéricos, no sentido de que a impetrante tem apenas mera expectativa de direito à nomeação. Também reserva duas linhas para arguir que o quadro financeiro do município está comprometido, situação que foi agravado pela pandemia de coronavírus (COVID-19), fls. 295/303 e 343/52.

Conforme destacado pelo Desembargador Renato Delbianco, em caso similar[1], "*se a Administração Pública promoveu concurso para preenchimento de um determinado número de vagas é porque havia necessidade de provê-las, pressupondo-se, com isso, o comprometimento do orçamento público e, consequentemente, a elaboração de prévio planejamento orçamentário, considerando os gastos com a admissão de novos servidores*".

Não há prova de situação excepcionalíssima, dotada de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade.

Não basta fundamentar a negativa à nomeação de forma genérica, e apenas nesse momento, na pandemia de COVID-19, pois os fatos são anteriores à decretação do estado de calamidade pública.

A Administração não preencheu a vaga prevista no edital dentro do prazo de validade do certame e não apresentou qualquer justificativa para a não nomeação, em afronta ao entendimento do c. Supremo Tribunal Federal, logo, há que se reconhecer o direito líquido e certo da impetrante à nomeação para o cargo de auxiliar de consultório dentário.

Nesse sentido:

Apelação 1019411-26.2021.8.26.0309

Relator: Danilo Panizza

Comarca: Jundiaí

Órgão julgador**: 1ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 21/09/2022

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de segurança – Concurso público – Prefeitura de Jundiaí – Cargo de Agente Comunitário de Saúde – Pretendida a nomeação de candidata aprovada em 1ª colocação, dentro do número de vagas previsto do Edital – Procedência – Irresignação – Descabimento – Inaplicabilidade da exceção prevista no RE nº 598.099/MS, considerando que não demonstrada a situação econômica/financeira de-

Acesso ao Sumário

1 Apelação/Reexame Necessário 1000837-85.2017.8.26.0699.

ficitária do Ente Público Municipal. Decisão mantida. Recursos oficial e voluntário desprovidos.

Remessa Necessária Cível 1000994-61.2022.8.26.0318

Relator: Spoladore Dominguez

Comarca: Leme

Órgão julgador**: 13ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 01/06/2022

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO (EDITAL Nº 01/2016) – MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DA CONCEIÇÃO – PRETENSÃO DE CONVOCAÇÃO PARA O CARGO DE "GUARDA CIVIL MUNICIPAL" – Cabimento – Lei Complementar nº 173/20 que não proibiu a admissão de pessoal para reposição decorrente de vacâncias de cargos efetivos – Suspensão do prazo de validade do certame indevida – Prazo de validade de concurso que expirou sem a nomeação de candidato aprovado dentro das vagas previstas no Edital – Direito subjetivo do candidato classificado dentro do número de vagas – Ausentes causas excepcionais que justifiquem a ausência de nomeação, consoante requisitos estabelecidos pelo STF no RE nº 598.099/MS – Concessão da ordem mantida. Reexame necessário não provido.

DISPOSITIVO

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

Sem condenação em honorários advocatícios nos termos da Lei 12.016/09.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002174-79.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes JONE BASILIO NOVAES DOS SANTOS e MAGDA GARCES DE OLIVEIRA, é apelado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.998)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e ANTONIO CARLOS VILLEN.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de janeiro de 2023.
TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Campinas. Centro Esportivo de Alto Rendimento (Cear). Local fechado. Afogamento em piscina. Óbito. Ausência de barreiras para ingresso, de salva-vidas e socorristas. Falha na prestação do serviço. Danos. –

1. Cerceamento de defesa. O indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias é permitido pelo art. 370 do CPC, não constitui cerceamento de defesa e não viola o art. 5º, LV da CF. Os autores não justificam a contento a oitiva das duas testemunhas arroladas; e a prova documental, que inclui os depoimentos das testemunhas oculares transcritos no boletim de ocorrência lavrado à época, é suficiente para o deslinde da controvérsia. –

2. Culpa administrativa. A culpa administrativa abrange os atos ilícitos da Administração e aqueles que se enquadram como 'falha do serviço', isto é, em que Administração não funcionou, funcionou mal ou funcionou tarde; implica em culpa subjetiva, com fundamento no art. 159 do Código Civil (redação anterior) (a revisora diverge do fundamento, pois entende que a responsabilidade do Estado, em atos comissivos, é sempre objetiva). –

3. Responsabilidade civil. Município. A prova dos autos não evidencia a existência de nexo causal entre eventual conduta omissiva da Administração e o acidente fatal experimentado pela vítima. O Boletim de Ocorrência lavrado em 15-11-2020, às 20h45, informa que o CEPOL comunicou que a vítima havia ido com amigos até o Centro Olímpico e, após pular o alambrado do Centro para usar a piscina, afogou-se e veio a óbito. Os depoimentos das testemunhas oculares foram uníssonos no sentido de que advertiram a vítima para que não adentrasse na piscina; e não há prova de que o Centro Esportivo, destinado especificamente ao treinamento de atletas de alto rendimento, fosse utilizado para finalidade diversa. A vítima adentrou

Acesso ao Sumário

no local fora do horário de funcionamento, em um domingo que também era feriado, no início da noite. A presença de salva-vidas ou socorrista não pode ser exigida fora do horário de funcionamento. – Improcedência. Recurso dos autores desprovido.

VOTO

1. A sentença de fls. 182/189 julgou improcedente a ação de responsabilidade civil ajuizada pelos genitores de Diego Garces dos Santos, vítima de afogamento em piscina localizada no Centro Esportivo de Alto Rendimento (Cear) de Campinas. Em razão da sucumbência, condenou os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC, ficando suspensa a exigibilidade enquanto perdurar a miserabilidade processual.

Apelam os autores (fls. 194/212); em preliminar, alegam cerceamento de defesa, pois indeferida a produção de prova oral; as testemunhas podem comprovar a situação de abandono do local e que o centro de lazer, principalmente aos finais de semana, era utilizado por crianças e adolescentes, inexistindo aviso sobre profundidade e riscos, além de ausência de salva-vidas no local. No mérito, sustentam a falha na prestação do serviço público; houve negligência por parte do município quanto ao zelo pelo local destinado ao treinamento de atletas; o abandono do espaço é perceptível; inexistem alambrados, cercas, placas ou qualquer espécie de barreira que impeça o acesso de munícipes e atletas residentes da região; não há disponibilidade de vigilância que obste o ingresso, tampouco há guarda-vidas ou socorristas no local; não há justificativa para que um local em abandono permaneça com a piscina cheia d'água, que sequer é tratada; não havia sinalização adequada, ocorrendo modificações na parte de segurança somente após o acidente. Ao contrário do que constou na sentença, o espaço não estava fechado na data dos fatos; restou evidente de que nenhum funcionário de ronda estava presente durante o período; foram os colegas da vítima que prestaram os primeiros socorros; a responsabilidade objetiva está demonstrada. O dano moral é 'in re ipsa', caracterizado pela ocorrência do ato ilícito, sem necessidade de prova; sugere-se a título de compensação a condenação ao pagamento da quantia de R$ 100.000,00 para cada genitor, sendo também cabível o pagamento de alimentos no importe de 2/3 do salário mínimo nacional, visto que a vítima exercia atividade remunerada. Pedem o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e dispensado de preparo (fls.77, justiça gratuita). Contrarrazões a fls. 218/236.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. Fatos. Os autores são genitores de Diego Garcês dos Santos, nascido em 19-1-2002 e falecido em 15-11-2020 por afogamento por submersão em água (fls. 29); segundo consta no Boletim de Ocorrência nº 4473/2020, o acidente ocorreu após a vítima ir com amigos até o Centro Olímpico de Campinas, pular o alambrado e utilizar a piscina do local, afogando-se e vindo a óbito (fls. 31). Pedem, sob o fundamento de falha na prestação do serviço quanto à ausência de salva-vidas no local, bem como no impedimento de acesso de munícipes, a condenação do município ao pagamento de indenização por danos morais e pensão alimentícia (fls. 1/17).

3. Cerceamento de defesa. O indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias é permitido pelo art. 370 do CPC, não constitui cerceamento de defesa e não viola o art. 5º, LV da CF. No caso, os autores alegam cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide, sem o deferimento da produção de prova oral; contudo, não justificam a contento a oitiva das duas testemunhas arroladas (fls. 177/178). A prova documental, que inclui os depoimentos das testemunhas oculares (amigos da vítima) transcritos no boletim de ocorrência lavrado à época, é suficiente para o deslinde da controvérsia. Rejeito a preliminar.

4. Responsabilidade civil. Município. A responsabilidade do Estado evoluiu, em um segundo momento, da culpa subjetiva tradicional (conduta ilícita do agente público) para a denominada culpa administrativa (culpa impessoal da administração). A conduta configuradora da 'faute du service' caracteriza a culpa administrativa e exige demonstração, ainda que presumida, de comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de desempenho, atenção ou habilidades normais (culpa) legalmente exigíveis; o Estado (aqui em sua acepção genérica) poderá exculpar-se demonstrando a inocorrência de culpa, seja por ter agido com cuidado e zelo, seja pela inexistência de falha no serviço. Na culpa administrativa se enquadra a responsabilidade por omissão, quando caracterizada. É também conduta ilícita que enseja reparação.

Acesso ao Sumário

O óbito do filho dos autores, ocorrido nas dependências do Centro Esportivo de Alto Rendimento (Cear) de Campinas, é fato incontroverso (fls. 29/32). Dessa forma, tratando-se de responsabilidade subjetiva, cabe aos autores demonstrar, além do nexo de causalidade, a culpa da Administração consistente na violação de agir conforme a melhor prática. Anoto que a Desª. TERESA RAMOS MARQUES, conforme tem exposto em seus votos, não adere a este fundamento; entende que a responsabilidade administrativa é sempre objetiva e que a escusa da administração deve fundar-se na culpa exclusiva da vítima ou na ausência do nexo de causalidade; entende que a prova deve ser examinada, como temos feito, mas para aferição do nexo entre a conduta ou omissão dos agentes públicos e o dano de que o autor reclama.

5. Prova. A prova dos autos não evidencia o nexo causal entre eventual

conduta omissiva da Administração e o acidente fatal experimentado pela vítima. Conforme já mencionado, o Boletim de Ocorrência lavrado em 15-11-2020, às 20h45, informa que o CEPOL comunicou que a vítima Diego havia ido com amigos até o Centro Olímpico e, após **pular o alambrado do Centro** para usar a piscina, afogou-se. No sumário da constatação do óbito, anotou-se que a vítima chegou com parada cardio-respiratória ao Hospital Mario Gatti e faleceu após 12 minutos de reanimação cardiopulmonar manobrada pela equipe socorrista (fls. 31/32). Diego estava na companhia de quatro amigos, todos ouvidos em 15-11-2020, declarando em uníssono que estavam "passeando no bosque ao lado do Centro Olímpico de Campinas, quando em um certo momento (i. e. aproximadamente 17:40), o Diego decidiu pular na piscina do centro olímpico, sendo orientado pelos amigos a não fazer isso, sendo que, não deu ouvidos para os amigos e pulou mesmo assim" e que "ao perceberem que o Diego estava se afogando pularam na piscina, retiraram o amigo, ligaram para o 193 e por orientação do atendente começaram a fazer manobras de salvamento a vítima afogada", sendo que assim continuaram até a chegada da viatura do SAMU que constatou o óbito (fls. 109/116).

O Coordenador de Infraestrutura Esportiva da Prefeitura Municipal de Campinas informa que (fls. 146/149) o centro esportivo é cercado por alambrado de 2,30 metros de altura e o complexo aquático cercado por grades de alturas variadas, sendo a altura mínima de 1,20 metros; existe um portão de acesso que permanece trancado com cadeado, e na entrada do Complexo consta uma placa advertindo ser proibida a entrada de pessoas não autorizada. O horário de funcionamento é de segunda a sexta-feira, das 08h00 às 12h00 e das 13h48 às 17h00; no complexo, há um servidor que cuida do espaço dentro do horário de funcionamento, permanecendo o portão trancado com cadeado fora do horário; o local é destinado apenas a atletas de alto rendimento e os treinamentos ocorrem na presença de técnico e dentro do horário de funcionamento; há rondas periódicas fora do horário de funcionamento. A utilização dos espaços esportivos dentro do complexo é exclusiva para treinamento/ reabilitação de atletas; e não é permitida a utilização dos espaços para o público em geral (recreação e lazer), salvo em casos específicos solicitados à administração. Ainda (fls. 146):

> A equipe que realiza as rondas periódicas no local elaborou um Relatório que ora anexamos sob número 4127760, onde relatam que os indivíduos que invadiram o Complexo Esportivo estacionaram o veículo no Jardim Botânico nas dependências do Swiss Park e caminharam a pé até a divisa com o Centro Olímpico e invadiram, pularam o alambrado de 2,30 metros de altura, adentraram o espaço, e em seguida pularam o gradil metálico que fecha as piscinas. A equipe de segurança possui as imagens gravadas do dia do acidente.
>
> Oportuno mencionar, que consta no Boletim de Ocorrência da Polícia Militar número 202011151024513, encartado sob número 4127819, que

Acesso ao Sumário

todas as testemunhas amigas de Diego Garces dos Santos, e que estavam presentes no local do fato, o orientaram a não pular na piscina, sendo que, não deu ouvidos para os amigos e pulou mesmo assim.

Verifica-se que a declaração prestada pelo Gerente da Segurança da Associação Master do Condomínio Swiss Park Master, onde localizado o CEAR, informa que, por volta das 18h00 do dia 15-11-2020, parou um veículo no estacionamento externo, dele saindo cinco pessoas que se dirigiam à pé ao Centro Olímpico, sobrevindo uma ambulância por volta das 19h18 (fls. 100/102).

6. Os fatos ocorreram em 15-11-2020, feriado nacional e domingo, data em que o Centro, destinado a atletas de alto rendimento, filiados à entidade esportiva de sua modalidade, encontrava-se fechado. Não há prova de que o Centro Olímpico seja utilizado para finalidade diversa e que há acesso irrestrito ao público geral.

O contexto da data e horário em que o acidente ocorreu (em um domingo que também era feriado nacional, no início da noite), bem como o fato de que apenas a vítima adentrou na piscina, corrobora sua culpa exclusiva para o trágico desfecho, principalmente por tratar-se de adulto de 18 anos de idade, atleta, filiado à Organização Funilense de Atletismo até 16-6-2020 e à Federação Paulista de Atletismo (fls. 99, 146), que, segundo o Coordenador e Infraestrutura Esportiva, utilizava a piscina Olímpica com acompanhamento técnico para a reabilitação profissional (fls. 146), fato não contestado pelos autores. Há indícios suficientes de existência de alambrado em volta do Centro Olímpico à época dos fatos, conforme registro fotográfico (fls. 63/64, 119/144) e menção no próprio Boletim de Ocorrência (fls. 31); e ainda que os genitores da vítima insistam não ter sido comprovada a 'ronda' no horário do ocorrido, fato é que a vítima tinha ciência de que o local estava fechado e que não era destinado ao lazer, mas sim para reabilitação de atletas com respectivo acompanhamento. Por fim, a presença de salva-vidas ou socorrista não pode ser exigida fora do horário de funcionamento.

Em suma, não está demonstrada a culpa administrativa na violação de agir conforme a melhor prática; os autos permitem a firme conclusão de que não há nexo de causalidade entre a conduta da ré e os danos suportados pelos autores, tampouco que a culpa do acidente fatal de Diego decorra de omissão do município. Diante das circunstâncias, o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, maior de idade, que assumiu o risco ao adentrar na piscina fora do horário de funcionamento e sem a respectiva supervisão necessária. A sentença está correta e a ação é mesmo improcedente.

O voto é **pelo desprovimento do recurso dos autores**; majoro os honorários advocatícios em 12% do valor da causa (art. 85, § 11 do CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000852-15.2019.8.26.0172, da Comarca de Eldorado, em que é apelante MUNICÍPIO DE ELDORADO, é apelada NARCISA DOS SANTOS.

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 37.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), FERNÃO BORBA FRANCO e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 17 de janeiro de 2023.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação ordinária – Servidora pública municipal, que exerce as funções de Gari – Pretensão voltada ao recebimento do adicional de insalubridade em seu grau máximo (40%) e das verbas em atraso – Sentença de procedência – Prova pericial que demonstra que a autora faz jus ao recebimento do adicional de insalubridade em seu grau máximo – Pagamento retroativo, respeitada a prescrição quinquenal – Sentença reformada de ofício em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais para fixar sobre o valor da condenação – Recurso desprovido, com reforma, de ofício, quanto aos honorários advocatícios.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Prefeitura Municipal de Eldorado (fls. 409/412) contra a r. sentença (fls. 399/402), proferida pela MMª. Juíza da Vara Única de Eldorado, em ação de cobrança que lhe foi movida por Narcisa dos Santos servidora municipal que exerce as funções de gari, em que postula o pagamento do adicional de insalubridade em seu grau máximo, bem como das verbas em atraso a partir de outubro de 2014.

A Magistrado julgou procedente o pedido, com resolução de mérito, nos termos previstos no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para condenar o Município da Estância Turística de Eldorado a pagar à autora, adicional

Acesso ao Sumário

de insalubridade de 40% sobre o menor salário da tabela de referência, nos termos do art. 61 da Lei Complementar Municipal nº 01/93, incluindo o período dos 5 (cinco) últimos anos anteriores ao ajuizamento da ação, pagando-se as parcelas em atraso até a data da efetiva implementação, com correção monetária e juros nos termos do Tema nº 810 do STF, bem como a EC nº 113/2021, a respeito da incidência única da SELIC desde dezembro daquele ano. Por fim, condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como os honorários aos advogados do autor, os quais arbitro em 10% do valor atribuído à causa, com incidência de juros e correção monetária.

Em síntese, recorre a Prefeitura, alegando que a Lei Complementar nº 01/1993 em seu art. 65 estabeleceu que, para a concessão do referido adicional de insalubridade, deverão ser observadas as situações estabelecidas em laudo especifico; e no caso, o laudo técnico descreve que no ambiente onde a apelada desempenha as suas funções não há incidência de insalubridade no grau como pretendido na exordial, mas sim que faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio (20%), o qual não pode ser desprezado, merecendo ser acolhido no caso em apreço.

Apresentadas as contrarrazões a fls. 421/425.

É o relatório.

A sentença merece ser mantida.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Narcisa dos Santos em face do Município de Eldorado, objetivando o recebimento de adicional de insalubridade no grau máximo, com o consequente pagamento de diferenças a partir de outubro de 2014.

Pois bem.

Os artigos 61 a 65 da Lei Complementar nº 01/93 estabelecer o seguinte acerca do trabalho insalubre e o recebimento do referido adicional:

"ARTIGO 61º - Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional respectivo, calculado sobre o menor salário da tabela de referência, em montante fixado em regulamento.

PARÁGRAFO ÚNICO - O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade, receberá apenas o mais vantajoso.

ARTIGO 62º - O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou riscos que deram causa à sua ocorrência.

ARTIGO 63º - Haverá permanente controle, pela administração, da atividade de servidores em operações ou locais considerados penosos, in-

Acesso ao Sumário

salubres e perigosos.

ARTIGO 64º - A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso.

ARTIGO 65º - Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade ou periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em laudo específico.

Extrai-se dos dispositivos legais que aos servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres será devido o respectivo adicional.

Na hipótese, houve a realização de perícia técnica, cujo profissional concluiu o seguinte:

"Conforme estudos realizados e dados levantados durante a realização da Perícia Judicial "in loco", por este profissional que subescreve este Laudo, das Leis Decretos e Normas Regulamentadoras, considera:

A profissão de GARI a qual a AUTORA laborava no exercício de sua vida profissional, como insalubre com percepção de GRAU MÁXIMO, devido a combinação à exposição aos agentes químicos (limpeza de banheiro público e resíduos de lixo contendo produtos químicos), Físicos (ergonômicos) biológicos já citados anteriormente. Reiterando a Norma Regulamentadora 15: Atividades e Operações Insalubres: "ANEXO N.º 14 – AGENTES BIOLÓGICOS – Relação das atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa. – Insa Insalubridade de grau máximo: – lixo urbano (coleta e industrialização).

Devido a exposição e a combinação dos agentes agressivos citados acima de modo habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, das Leis e Normas Regulamentadoras.

Havendo o enquadramento legado segundo as Norma Regulamentadora 15 Atividades e Operações Insalubres em seus respectivos anexos 7 Radiações Não Ionizantes e 14 Agentes Biológicos. Sendo potencializado pela não utilização dos EPI's, pois a Prefeitura Municipal de Eldorado não fornece." (fls. 347/348).

Ao contrário do alegado pelo Município apelante em suas razões recursais, restou devidamente comprovado nos autos que a apelada labora, de fato, em contato habitual e permanente com agentes nocivos à saúde razão pela qual é devido pagamento do referido adicional de insalubridade em seu grau máximo (40%).

De igual modo, merece ser mantida a condenação da Municipalidade ao pagamento retroativo do adicional, respeitada a prescrição quinquenal, visto que os laudos, na verdade, apenas servem para ratificar e constatar uma situação

Acesso ao Sumário

preexistente, portanto, não têm efeito constitutivo de direitos, mas apenas declaratório, ou seja, declara aquilo que já existia de fato.

Neste sentido:

APELAÇÃO – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – ELDORADO – GARI – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Pretensão ao recebimento de adicional de insalubridade – Possibilidade – Inteligência do arts. 61 da Lei Complementar Municipal de Eldorado nº 01/93 – Conjunto probatório colimado aos autos que permite concluir pela insalubridade em grau máximo – Precedentes do TJSP – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Observação das teses fixadas pelo STF – Inteligência do RE nº 870.947 – Sentença mantida – Recurso não provido, com observação em relação aos juros de mora e à correção monetária. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1001113-48.2017.8.26.0172; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; j. 11/11/2020).

APELAÇÃO – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Servidor público do município de Eldorado – Servidor que trabalha com a limpeza de valas de esgoto, limpeza de cemitérios, abrindo covas e fazendo os sepultamentos, sem a utilização dos EPIs, que pretende o recebimento de adicional de insalubridade no patamar de 40% – Benefício previsto no Regime Jurídico dos Funcionários Públicos Municipais (Lei Complementar nº 01/93) – Perícia atestando a existência de condição insalubre em grau máximo – Adicional devido enquanto perdurar a situação – Precedentes – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1000928-73.2018.8.26.0172; Relator: Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; j. 01/09/2022).

APELAÇÃO – Ação de cobrança – Pagamento retroativo de adicional de insalubridade e percepção de adicional de periculosidade – Servidor público do Município de Eldorado – Vigia – Sentença de procedência – Pretensão de reforma – Possibilidade, em parte – Inocorrência de cerceamento de defesa – Processo que se encontra suficientemente instruído, em condições de imediato julgamento – Perícia judicial a concluir que o autor exerce funções de segurança patrimonial e com exposição a agentes insalubres, em grau médio – Irresignação do Município que não se reveste do caráter técnico a infirmar o teor do minucioso trabalho pericial – Adicionais, contudo, que devem ser calculados sobre o menor salário de referência, nos termos da LC nº 01/93 – Precedente – Rejeição da matéria preliminar – Apelação parcialmente provida. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0000773-29.2014.8.26.0172, Rel. Maria Olívia Alves, j. 18/12/2017).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, de rigor a manutenção da sentença que julgou procedente a ação para reconhecer o direito à apelada ao recebimento do adicional de insalubridade, em seu grau máximo.

Sobre o pagamento das diferenças, observada a prescrição quinquenal, deverão recair juros e correção monetária, nos termos dos Temas 905/STJ e 810/STF, observando-se que a partir da publicação da EC 113/2021 deverá ser adotado o índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente, tanto para fins de atualização monetária quanto para compensação da mora, nos termos do art. 3º da mencionada Emenda Constitucional.

Todavia, em relação aos honorários advocatícios, não foi suscitada pelo recorrente quando da interposição do recurso de apelação.

Contudo, tal questão merece análise, de ofício, uma vez que se trata de matéria de ordem pública, sendo, ainda, notório que não foram observados os termos do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil.

Isto porque, nas sentenças condenatórias, como é o caso dos autos, os honorários advocatícios devem ser fixados em percentual sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa.

Portanto, de rigor a reforma de ofício da r. sentença para condenar a parte ré a pagar ao patrono do autor honorários advocatícios sucumbências de 10% do valor da condenação, na forma dos §§ 2º e 14º do art. 85 do Código de Processo Civil, cuja verba deve ser majorada em 1%, nos termos do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao recurso, com reforma, de ofício, quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0033935-18.2005.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelado EVALDO GOES DA CRUZ.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.337)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2023.

RICARDO CHIMENTI, Relator

Ementa: Execução Fiscal extinta sob o fundamento de inadequação da via eleita. Créditos não tributários referentes à prestação de serviços educacionais referentes a Curso de Graduação. Inadimplência da aluna. Instituição de ensino (Autarquia Municipal criada pela Lei Municipal n. 1251/1964). Parte legítima para inscrever de seus créditos em dívida ativa e cobrá-los por meio de execução fiscal. Inteligência dos artigos 1º e *caput* e § 1º do art. 2º da LEF c.c. o § 2º do art. 39 da Lei n. 4.320/1964. Precedentes desta Câmara. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo** em face da r. sentença de fls. 125/127, que, de ofício, extinguiu a execução fiscal, com fundamento na inadequação da via eleita, nos termos do art. 485, inciso IV, do CPC/2015.

Alega a apelante, em síntese, que: (i) há mais de cinquenta anos lança valores de seus créditos em Dívida Ativa, sendo possível afirmar que, somente em São Bernardo do Campo, existem, no mínimo, mil execuções fiscais; (ii) este E. Tribunal já teve a oportunidade de julgar apelações em idênticos casos, oportunidades em que foi decretada a anulação do r. decisão recorrida; (iii) todo o procedimento da execução fiscal foi obedecido pela recorrente, sendo vedado ao juiz alterar o seu posicionamento no decorrer do processo, tendo em vista a preclusão *pro judicato*; (iv) as receitas recebidas são originadas de uma relação contratual, cuja natureza é de preço público, sendo obrigatória a inscrição dos débitos correspondentes em dívida ativa, pela obediência à LEF e nos termos do § 2º, do art. 39, da Lei Federal n. 4.320/1964; (v) é Autarquia Municipal, ou seja, nos termos do art. 37 da CF é componente da Administração Indireta, de

Acesso ao Sumário

forma que não há óbice para que efetue a cobrança de suas taxas e preços públicos por meio de execução fiscal. Por fim, pugna pela reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal (fls. 138/157).

Em suas contrarrazões, o apelado pugna pela manutenção da r. sentença recorrida (fls. 171/173).

II – Fundamentação

O recurso, tempestivo e isento de preparo, comporta provimento.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em 16/08/2005 pela **Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, objetivando a cobrança de valores referentes às mensalidades não pagas do curso de Graduação em Direito, cujos vencimentos ocorreram entre o período de 10/02/2004 a 10/12/2004 (CDA de fls.03), no valor total de R$ 4.912,90.

Após regular trâmite processual, a execução fiscal foi julgada extinta, de ofício, nos termos do art. 485, IV do CPC, sob o fundamento que a relação estabelecida com o executado é de natureza privada, sendo, portanto, inadequada a via eleita para a cobrança de tais débitos.

No entanto, tal entendimento não deve prevalecer, uma vez que a exequente é autarquia municipal criada pela Lei Municipal nº 1251/1964, entidade de direito público pertencente à Administração indireta razão pela qual possui legitimidade para inscrever seus créditos em dívida ativa, na forma estatuída pelos artigos 1º e 2º, e §1º, da Lei Federal nº 6.830/80, ainda que os mesmos se refiram a crédito proveniente de contrato de natureza privada.

> **Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Município se respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.**
>
> **Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.**
>
> § 1º - **Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.** (grifei)

Tratando-se de crédito público, ainda que proveniente de relação de natureza privada, não há óbice para a respectiva cobrança em execução fiscal, cuja inscrição em dívida ativa é autorizada pelo § 2º do art. 39 da Lei n. 4.320/1964, de seguinte teor:

> **Art. 39, § 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são**

Acesso ao Sumário

os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (grifei).

Neste sentido, em casos análogos, envolvendo a mesma exequente, esta Corte Estadual já teve a oportunidade de assim decidir:

APELAÇÃO – Execução fiscal – Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Serviços educacionais – Cobrança de mensalidade – Inscrição dos débitos em dívida ativa – Possibilidade – CDAs que atendem aos requisitos legais, viabilizando o prosseguimento da execução e eventual impugnação pela executada – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1009365-23.2020.8.26.0564; Relator: Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/07/2020; Data de Registro: 29/07/2020) – grifo nosso.

PROCESSO – EXTINÇÃO – Execução fiscal fundada em título revestido dos requisitos de liquidez e certeza – CDA representativa de mensalidades devidas à Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Autarquia Municipal – Legitimidade da cobrança – Precedentes deste Tribunal. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1025526-45.2019.8.26.0564; Relator: Erbetta Filho; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/07/2020; Data de Registro: 24/07/2020) – grifo nosso.

APELAÇÃO CÍVEL – Execução Fiscal – Serviços educacionais dos exercícios de 2017 e 2018 – Possibilidade de inscrição em dívida ativa de valores referentes a serviços educacionais prestados por autarquia municipal – Inteligência do art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964 – Precedentes deste Tribunal – Sentença anulada – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1007016-81.2019.8.26.0564; Relator: Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/07/2020; Data de Registro: 15/07/2020) – grifo nosso.

Deste modo, deve ser reformada a r. sentença recorrida, dando-se prosseguimento à execução fiscal.

Acesso ao Sumário

A fim de evitar o ritual de passagem estabelecido no artigo 1025 do CPC/2015, a multiplicação dos embargos de declaração prequestionadores e os prejuízos deles decorrentes, nos termos do artigo 8º (em especial dos princípios da razoabilidade e da eficiência) e do artigo 139, II (princípio da duração razoável do processo), ambos do CPC/2015, para fins de "prequestionamento ficto" desde logo considero incluídos neste acórdão os elementos que cada uma das partes suscitou nas suas razões e nas suas contrarrazões de recurso.

III – Conclusão

Diante do exposto, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002187-31.2021.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que são apelantes MARIA EDUARDA AMARAL ROSSINI (REPRESENTADA POR SUA MÃE), CELIA MARIS AMARAL ROSSINI (REPRESENTANDO MENORES) e JOAO PEDRO AMARAL ROSSINI (REPRESENTADO POR SUA MÃE), são apelados ESTADO DE SÃO PAULO, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 25 de janeiro de 2023.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Pedido de ressarcimento de danos materiais e morais decorrentes da morte de agente de segurança penitenciária por complicações advindas da COVID-19, supostamente adquirida no ambiente de trabalho – Responsabilidade civil objetiva do Estado e se dá pela existência de nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano – Presentes estes três elementos,

Acesso ao Sumário

de rigor a indenização, sendo prescindível a análise da culpa – Ausente no caso concreto a comprovação do nexo de causalidade – Ação julgada improcedente – Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Célia Maris Amaral Rossini, Maria Eduarda Amaral Rossini e João Pedro Amaral Rossini contra r. sentença do digno Juízo da 1ª Vara da Comarca de Mirandópolis (fls 584/593), que julgou improcedente ação ajuizada em face da Fazenda Paulista, exigindo ressarcimento de danos materiais e morais decorrentes da morte Alceu Alex Vieira da Silva, agente de segurança penitenciária, por complicações advindas da COVID-19, supostamente adquirida no ambiente de trabalho.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) falecido era portador de obesidade; b) testemunhas comprovam que o ex-servidor era cauteloso nos cuidados preventivos; c) a ré não adotou conjunto de medidas capazes de minimizar o risco imposto aos seus funcionários; d) configuração de acidente de trabalho (fls 599/607).

Apelo respondido (fls 614/625).

Manifestou-se a Procuradoria da Justiça pelo não provimento do recurso (fls 650/657).

É o relatório.

1 – Célia Maris Amaral Rossini e seus filhos Maria Eduarda Amaral Rossini e João Pedro Amaral Rossini acionaram a Fazenda Paulista exigindo ressarcimento de danos materiais e morais decorrentes da morte de Alceu Alex Vieira da Silva no dia 29/03/2021 (fls 28/29).

Alegam em essência que o *de cujus* era agente de segurança penitenciária e faleceu por complicações advindas da COVID-19, supostamente adquirida no ambiente de trabalho. Pontuam que ele pertencia ao grupo de risco por ser obeso e continuou em exercício durante a pandemia. Acusam a negligência do Estado na adoção das medidas capazes de neutralizar ou minimizar os riscos de infecção durante a prestação de serviços.

Acesso ao Sumário

Ação julgada improcedente, a r. sentença merece ser mantida.

2 – Configura-se a responsabilidade civil objetiva do Estado pela existência de *nexo de causalidade* entre a *conduta* estatal e o *dano*. Presentes estes três elementos, de rigor a indenização, sendo prescindível a análise da culpa.

Este raciocínio encontra substrato na Carta Política, cujo artigo 37, § 6º, é explícito: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado pres-*

tadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Pela teoria do risco administrativo, a obrigação de indenizar advém do mero ato lesivo e injusto dispensado à vítima. Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho que *a marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. [...] Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de as exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in elegendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando). O segundo pressuposto é o dano. [...] Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. [...] O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa* (Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, página 605, Editora Lumen Juris, 2010).

Conclui-se que não será possível estender às cegas o risco integral que se extrai da responsabilidade objetiva do Estado, na medida em que tal raciocínio inexoravelmente o transformaria em segurador universal, responsabilizando-o por todas as mazelas que acometessem os cidadãos, mesmo aqueles decorrentes de sua própria conduta.

Segundo entendimento doutrinário, é mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço (‹faute du service›, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada em culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva (Celso Antonio Bandeira de Mello – Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, página 1.020, Malheiros, 2012).

E prossegue: *se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando,*

Acesso ao Sumário

de direito, devia sê-lo (obra supra, 27ª edição, página 1.014, Malheiros, 2010).

3 – Sobre o conceito de dano moral, e em especial a sua diferenciação do mero aborrecimento, o simples contratempo, vale o magistério de Carlos Roberto Gonçalves:

No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar danos morais pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, V (que assegura o 'direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem') e X (que declara inviolável 'a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas') e, especialmente, no art. 1º, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático 'a dignidade da pessoa humana'.

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' (Responsabilidade Civil, 10ª edição, páginas 610/611, Saraiva).

4 – Na hipótese dos autos, não ficou caracterizado o nexo de causalidade.

A Fazenda permitiu o afastamento dos servidores com comorbidades por meio de simples requerimento e com atestado médico respectivo nos termos da Resolução SAP nº 43/2020, prorrogada sucessivamente até a Resolução SAP-93/2021. Todavia, o ex-servidor não protocolou qualquer tipo de pedido.

Acesso ao Sumário

As testemunhas Stenio Luis Antoneli, Roseli Marques Tavares Christoffel, Heliane Priscila dos Santos, Andrea Ferreira da Silva, Jaqueline Roberta de Matos Goncalves Sacco, confirmaram de modo uniforme a disponibilização de itens de segurança como máscaras e álcool em gel, conforme documentos assinados pelos servidores (fls 167, 182, 206, 218 e578). Ainda relatam que houve orientação sobre a adoção de medidas preventivas sobre a exposição ao risco de contágio.

Logo, não se verifica a conduta negligente por parte da Administração.

Por meu voto, nego provimento à apelação dos autores. Majoro os ho-

norários advocatícios em 1% consoante o artigo 85, § 11º, Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000171-93.2022.8.26.0219, da Comarca de Guararema, em que é apelante MUNICÍPIO DE GUARAREMA, é apelado JOÃO CARLOS KAMEZAWA SUZANO - EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 23.932)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), REZENDE SILVEIRA e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2023.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à Execução – Fiscal julgados procedentes – Alegação de nulidade da Certidão de Dívida Ativa – Nulidade não constatada – Veículo identificado pelo RENAVAM – Requisitos formais contidos nos art. 2º, par. 5º d LEF e art. 202 do CTN respeitados – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de sentença que julgou procedentes os embargos, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil e, em consequência, julgou extinta a execução fiscal correspondente.[1]

Apela o executado alegando, em síntese, que a certidão de dívida ativa está apta a fundamentar toda a ação executiva fiscal, pois indicou todos os elementos necessários à identificação do débito, consoante dispõe o artigo 202 do CTN e artigo 2º, §§5º e 6º da Lei 6830/80, inclusive com a identificação do veículo objeto da autuação.

Contrarrazões às fls. 86/90.

É o relatório.

Trata-se de embargos à execução fiscal propostos por JOÃO CAR-

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa: R$1.987,19, em 21/12/2021.

LOS KAMEZAWA SUZANO ME, nos autos da execução fiscal nº 1501646-61.2021.8.26.0219, distribuída em 21/12/2021 para cobrança de multas de trânsito dos exercícios de 2017 e 2018.

Conforme se visualiza de fls. 39/43 fazem parte da CDA os seguintes dados: Identificação do executado (JOAO CARLOS KAMEAZEWA SUZANO EPP); Inscrição (505994330), Origem da dívida (Multas de trânsito); fundamento legal (Lei Federal nº 9.503/97 e Lei Municipal nº 3327/2019), exercícios (2017 e 218), data da inscrição, livro/fls, identificação e valores do principal, correção e juros.

É sabido que a constituição do crédito tributário da Fazenda Pública se dá quando exigível o título decorrente da relação jurídico-tributária, podendo então ser executado por sua inscrição, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional. Contudo, para que seja considerado válido o título executivo, devem ser observados os requisitos formais contidos no art. 2º, par. 5º, da Lei de Execuções Fiscais, bem como no art. 202 do CTN, sob pena de nulidade das certidões de dívida ativa e extinção da exação.

Da análise da(s) CDA(s) encartada(s), constata-se a especificação do valor originário do débito, o respectivo exercício, a identificação do veículo (RENAVAM 505994330), a natureza da cobrança, bem como todos os dados acima referidos. Há ainda referência aos encargos sobre a dívida e às leis que os embasam.

É o bastante para que o contribuinte se inteire a respeito, não se podendo falar em cerceamento de defesa. Com efeito, não há nulidade sem efetivo prejuízo à defesa do executado, cabendo ao mesmo o ônus de comprová-lo.

Desta feita, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso para que a execução fiscal prossiga. Consequentemente, inverte-se o ônus da sucumbência fixado na r. sentença.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001395-77.2016.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante MARIA APARECIDA DE SOUZA LIRA, é apelado DERSA - DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.646)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Desapropriação – Implantação do Complexo Viário Jacu-Pêssego, no Município de Mauá – Pretensão à indenização pelos danos materiais e morais – Possibilidade, em parte – Comprovação do direito aos danos materiais a título de benfeitorias – Prova técnica regular e satisfatoriamente elaborada – Danos morais não configurados – Juros compensatórios – Incidência sobre a diferença entre o valor inicialmente oferecido em sede administrativa e aquele apontado no laudo pericial – Honorários advocatícios – Majoração – Aplicação do § 8º, do art. 85, do CPC – Sentença parcialmente reformada – Recurso da Ré e da Autora parcialmente providos.

VOTO

Trata-se ação proposta por MARIA APARECIDA DE SOUZA LIRA em face de DERSA - DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A, objetivando a condenação da Ré ao pagamento de "*indenização pelos danos materiais (R$70.000,00) e morais (100 salários-mínimos)*" decorrentes da desapropriação de área onde residia, necessária à construção do Complexo Viário Jacu-Pêssego.

A r. sentença de fls. 274/278 julgou parcialmente procedente o pedido para "*CONDENAR a ré DERSA S/A a pagar à autora indenização material no valor de R$18.255,00 (dezoito mil duzentos e cinquenta e cinco reais), com correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, desde 10/02/2009. Incidem juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano, a partir do apossamento (17/06/2011), nos termos do art. 15-A, do DL n. 3.365/41 (...). Incidem, também, juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, nos termos do artigo 15-B, do DL n. 3.365/41, porém, a partir do trânsito em julgado desta decisão, eis que inaplicável o regime de precatórios à ré (...). Os juros moratórios devem incidir sobre os compensatórios, já integrados ao valor da indenização (Súmula 102 do STJ)*". Em razão da sucumbência recíproca, a Ré foi condenada ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, fixados em 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 27, § 1º, do DL n. 3.365/41;

Acesso ao Sumário

já a Autora, ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado do pedido de indenização por danos morais, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, observada a concessão de assistência judiciária gratuita.

Recorre MARIA APARECIDA DE SOUZA LIRA, reafirmando o direito à indenização pelos danos materiais, no valor de R$70.000,00, bem como danos morais, no valor correspondente a 100 salários- mínimos, além do pagamento de juros compensatórios de 12% e moratórios, a partir da citação. Por fim, requer a majoração dos honorários sucumbenciais (fls. 379/388).

Recorre também DERSA - DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A (fls. 389/402). Preliminarmente, defende a ilegitimidade ativa da parte por ausência de provas da propriedade ou posse do imóvel. Subsidiariamente, afirma que não cabem juros compensatórios porque o valor a ser pago se refere apenas às benfeitorias, além de frisar a necessidade de pagamento através do regime de precatório.

Regularmente processados os recursos, DERSA - DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A apresentou contrarrazões (fls. 410/418).

É o relatório.

De início, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela Ré.

Verifica-se que o direito de ocupação embora inicialmente conferido a Luciélio de Jesus Reis pela Municipalidade (fl. 16), foi transferido à Autora, sua então companheira, de acordo com testemunho prestado em juízo (fl. 192). Observa-se, inclusive, que a Autora ajuizou a ação acompanhada do laudo de vistoria *original* elaborado pela Ré à época da expropriação, o que também indica sua posse. Por outro lado, a DERSA não juntou aos autos quaisquer provas de eventual pagamento de indenização pelos danos decorrentes do apossamento promovido na área.

Superada a questão preliminar, passa-se à análise do mérito. Extrai-se da inicial que DERSA – DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A desapropriou área situada à Rua Rio Claro, viela 3, casa 6, do Município de Mauá, cuja posse era exercida por MARIA APARECIDA DE SOUZA LIRA, para a construção do Complexo Viário Jacu-Pêssego. Afirma a possuidora que, em 17.06.2011, o imóvel foi demolido, porém não lhe foi paga a indenização. Alega que o último contato com a Expropriante restou infrutífero, pois discordou da proposta ofertada. Por esta razão, ajuizou a presente ação pretendendo o reconhecimento do direito à indenização pelos danos materiais (R$70.000,00), bem como danos morais (100 salários-mínimos).

O Juízo *a quo*, com acerto, julgou parcialmente procedente a ação, condenando a Ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais, no valor de R$18.255,00, a título de *benfeitorias*.

Acesso ao Sumário

Em suas razões recursais, a Autora insiste no recebimento de "*danos materiais de R$70.000,00*", porém, não esclarece se o montante se refere à indenização pela perda do direito possessório ou às benfeitorias. Não há na inicial informações da área, medidas, confrontações e demais características do terreno que permitiriam - ao menos em tese - valorar a posse. Em relação as obras/despesas realizadas no imóvel a Autora juntou o "*Laudo de Avaliação de Benfeitorias*" elaborado pela Dersa ao tempo da desapropriação (fls. 19/25).

Com isso, o juiz determinou a produção de prova pericial que se restringiu a avaliar as benfeitorias (fls. 198/251), utilizando-se para o ofício referido laudo de vistoria.

A Autora, por seu turno, manifestou-se favoravelmente à conclusão do perito, concordando com o laudo produzido (fl. 267), e deixou de se insurgir quanto à alegação do perito de o "*terreno não ser parte objeto de indenização*" (fl. 236).

Sendo assim, diante da inconsistência da inicial e da ausência de impugnação específica ao trabalho técnico e aos termos da sentença, é caso de manter o pagamento apenas dos danos materiais relativos às benfeitorias.

Cumpre observar que a Ré não trouxe aos autos informações acerca de eventual pagamento de indenização a quem já possa ter ocupado a área, bem como expressou concordância ao valor arbitrado em perícia (fl. 256). Deste modo, mantém-se o montante arbitrado a título de danos materiais para ressarcir a Autora do ato expropriatório (R$18.255,00).

Já o pedido de indenização pelos danos morais não procede.

A Autora era possuidora e não proprietária, ocupando bem público em razão de programa de moradia da Secretaria de Habitação do Município de Mauá. Logo, não havia expectativa de moradia a longo prazo.

Além disso, ao retirar os possuidores do local, a DERSA ofereceu indenização pelas benfeitorias – que não foi aceita –, bem como inclusão no Plano de Reassentamento das famílias atingidas com a Construção do Complexo Viário Jacu-Pêssego, porém, seu nome não foi encontrado no banco de dados da empresa.

Diante dessas circunstâncias e do transcurso do tempo entre o ato expropriatório (2012) e o ajuizamento da ação (2016), não é caso de reconhecer o direito aos danos morais.

Quanto ao pagamento dos valores devidos, em que pese a alegação da DERSA em sentido contrário, o regime de precatórios não lhe é aplicável.

A DERSA é pessoa jurídica de direito privado com patrimônio e orçamento próprios e, por outro lado, o processo de extinção não provoca alteração de seu regime ou natureza jurídica. Até que não haja a efetiva sucessão pelo Estado de São Paulo, as obrigações não foram transferidas à Administração Di-

Acesso ao Sumário

reta, tornando-se possível a penhora de seus próprios bens para o cumprimento da condenação (cf. consulta à http://www.dersa.sp.gov.br/).

Neste sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. EMBARGOS DE TERCEIRO. Objeto da ação. Pretensão de desconstituição da penhora incidente sobre percentual de faturamento da DERSA. A transferência do serviço público para o Departamento Hidroviário não determina a invalidade do ato de afetação porquanto subsiste a personalidade jurídica de direito privado da empresa. A Lei Estadual 17.148/2019 autorizou a dissolução da DERSA e o Decreto 65.262/2020 determinou a transferência do serviço de travessia litorânea para o Departamento Hidroviário. Subsistência da personalidade jurídica de direito privado durante o procedimento de liquidação. Inteligência dos artigos 207 e 214 da Lei 6.404/76. A expectativa de sucessão da executada pelo Estado de São Paulo não determina a impenhorabilidade do bem. Reconhecimento da regularidade e eficácia da penhora realizada antes do aperfeiçoamento da sucessão pelo Estado. Incidência do Tema 335 do STF. Preservação da personalidade jurídica de direito privado até a efetiva extinção impede a conversão da execução para o regime de precatório. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJSP; Apelação Cível 1003216-89.2021.8.26.0268; Relator: José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Itapecerica da Serra - 2ª Vara; Data do Julgamento: 09/11/2022; Data de Registro: 09/11/2022).

Agravo de Instrumento – Cumprimento de sentença – DERSA – Decisão agravada que deferiu a penhora sobre imóvel da executada, ora agravante – Possibilidade – A agravante não se sujeita ao sistema de precatórios, pois, além de não ter finalizado seu processo de liquidação mediante a incorporação de todas as suas atividades ao Estado de São Paulo, sua natureza jurídica de direito privado ainda subsiste, já que o seu serviço ainda é exercido em regime de concorrência com o setor privado – Precedentes – Decisão mantida – Recurso não provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2133668-67.2022.8.26.0000; Relator: Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Atibaia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/08/2022; Data de Registro: 17/08/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Impugnação ao cumprimento de sentença. Descabimento quando se pretende inclusão da verba cobrada na Lei Orçamentária do exercício seguinte, com sujeição do crédito ao regime de precatórios. Impossibilidade. Possibilidade apenas quanto às

Acesso ao Sumário

empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço exclusivamente público, que não possa ser exercido em regime de concorrência com os empreendedores privados. DERSA não se enquadra nessa hipótese. Irrelevância, ao desate, do início do processo de dissolução e liquidação da sociedade, máxime porque sequer encerrada a fase de liquidação em si, quando, em tese, poder-se-ia cogitar da assunção do passivo empresarial pelo Estado. Até então e não tendo a r. decisão atacada determinado qualquer ato de constrição preservada a personalidade jurídica, nos termos do art. 207 da Lei n.º 6.404/76. Inaplicável, portanto, o almejado regime de precatórios. Precedentes. Decisão mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2073146-74.2022.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/05/2022; Data de Registro: 25/05/2022).

Em relação aos consectários legais, mantém-se a incidência dos juros compensatórios, todavia, apenas sobre a diferença entre o valor inicialmente oferecido em sede administrativa – e, à época, negado pela parte interessada – e aquele apontado no laudo pericial.

Da intelecção do §1º, do artigo 26, do Decreto Lei nº 3.365/41, verifica-se que as benfeitorias são abrangidas no conceito de justa indenização. Ao se apossar do imóvel em que a Autora residia, era de rigor a devida recomposição de seu patrimônio por valor a ele equivalente.

Quanto ao percentual, acertado o entendimento adotado em Primeira Instância.

Não se ignora que a Súmula nº 618/STF e a Súmula nº 418/STJ dispõem que os juros compensatórios devem ser calculados pelo índice de 12%. Entretanto, este entendimento restou superado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332, que julgou constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% ao ano. Abaixo, transcreve-se a ementa do julgado:

Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Regime Jurídico dos Juros Compensatórios e dos Honorários Advocatícios na Desapropriação. Procedência Parcial. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o controle judicial dos pressupostos constitucionais para a edição das medidas provisórias tem caráter excepcional, justificando-se apenas quando restar evidente a inexistência de relevância e urgência ou a caracterização de abuso de poder do Presidente da República, o que não ocorre no presente caso. 2. É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse do seu bem,

Acesso ao Sumário

na medida em que consiste em ponderação legislativa proporcional entre o direito constitucional do proprietário à justa indenização (art. 5º, XXIV, CF/88) e os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (art. 37, caput, CF/88). *3. Declaração da inconstitucionalidade do termo "até" e interpretação conforme a Constituição do caput do art. 15-A, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença. 4. Constitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 4º, do art. 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/1941, ao determinarem a não incidência dos juros compensatórios nas hipóteses em que (i) não haja comprovação de efetiva perda de renda pelo proprietário com a imissão provisória na posse (§ 1º), (ii) o imóvel tenha "graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero" (§ 2º), e (iii) sobre o período anterior "à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação". Voto reajustado para expressar o entendimento da maioria. 5. É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios, previstos no § 1º, do art. 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941. 6. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)" por inobservância ao princípio da proporcionalidade e por possibilitar violação reflexa ao justo preço na indenização do expropriado (art. 5º, XXIV, CF/88). 7. Ação direta julgada parcialmente procedente. Fixação das seguintes teses: "(i) É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração pela imissão provisória na posse de bem objeto de desapropriação; (ii) A base de cálculo dos juros compensatórios em desapropriações corresponde à diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença; (iii) São constitucionais as normas que condicionam a incidência de juros compensatórios à produtividade da propriedade; (iv) É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios em desapropriações, sendo, contudo, vedada a fixação de um valor nominal máximo de honorários.*

(STF, ADI 2332, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2018, publicado em 16/04/2019).

Já no que se refere ao marco inicial de incidência dos juros moratórios, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou a tese segundo a qual o termo inicial seria o dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Contudo, como o caso concreto envolve pessoa jurídica de direito privado, a jurisprudência consolidou o entendimento de que o termo inicial é o trânsito em julgado da sentença, como decidido em Primeira Instância.

Em síntese, o trânsito em julgado constitui o termo final dos juros com-

Acesso ao Sumário

pensatórios e o termo inicial dos juros moratórios, de modo que não são cumulativos (Tema nº 1.073/STJ).

Por fim, a sentença merece reparo quanto aos honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da Autora.

Dispõe o artigo 27 do Decreto nº 3.365/41:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

§ 1º ***A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença****, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais).*

No caso, a sentença condenou a Autora ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais de 3% sobre a condenação (R$18.255,00), o que não se justifica.

Por outro lado, a fixação de percentual previsto em lei sobre o valor da oferta inicial e a indenização fixada ao final resultará em valor irrisório, o que atrai a previsão do §8º, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Assim, reconhecendo a complexidade da causa, o grau de zelo do profissional e o tempo despendido, arbitra-se a verba honorária em R$3.000,00.

De rigor, portanto, a reforma parcial da r. sentença.

Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL provimento à Apelação da Ré para reconhecer a incidência dos juros compensatórios apenas sobre a diferença entre o valor inicialmente oferecido em sede administrativa e aquele apontado no laudo pericial, bem como DÁ-SE PARCIAL à Apelação da Autora a fim de arbitrar os honorários advocatícios em R$3.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1034968-11.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HG CONSULT CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP, são apelados SUBSECRETÁRIO DA SUBSECRETARIA DA RECEITA MUNICIPAL – SUREM e

Acesso ao Sumário

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.200)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação. Mandado de segurança. ISSQN. Prolação de sentença denegatória. Reforma de rigor.

Consultoria de economistas. Além da apelante ser uma sociedade simples uniprofissional formada por economistas, não há indícios de que sua atividade esteja organizada de modo a caracterizar uma empresa (reunião dos fatores de produção). Faz jus ao tratamento diferenciado previsto no artigo 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68, que se destina às sociedades uniprofissionais que não possuam caráter empresarial.

No mais, a forma societária limitada não é relevante para impedir a concessão do regime tributário diferenciado pretendido, conforme decidido pelo STJ no EAREsp 31.084/MS, de abril de 2021.

No mais, a ausência do envio da declaração eletrônica de sociedade uniprofissional (D-SUP) não autoriza a conclusão de que houve a alteração da natureza jurídica do serviço prestado pela contribuinte, tampouco serve para legitimar o lançamento de exação tributária na forma mais onerosa a ela.

O provimento do recurso é medida imperiosa, devendo ser concedida a ordem pretendida nos termos em que requerida. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença denegatória proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por **Hg Consult Consultoria Empresarial Ltda. - Epp** em face de ato coator praticado pelo **Secretário da Secretaria das**

Finanças Públicas do Município de São Paulo que inviabilizou o enquadramento daquela ao regime tributário aplicável às sociedades uniprofissionais (fls. 143/146).

É dos autos que a impetrante pretende obter provimento judicial que lhe autorize a se enquadrar como sociedade uniprofissional para recolher o ISSQN sobre valor fixo. Alegou não ter enviado a documentação necessária à Prefeitura visando comprovar o preenchimento das condições para usufruir a benesse pretendida por entender tal exigência inconstitucional.

Após regular tramitação processual, sobreveio sentença denegatória. Nela, o juiz consignou que a impetrante não logrou comprovar o preenchimento das condições para o enquadramento pretendido.

Inconformada, apela (fls.163/176). Reitera os termos de sua inicial.

Contrarrazões a fls.184/191.

É o relatório.

A sentença deve ser reformada.

Depreende-se dos autos que a impetrante pretendeu obter provimento judicial que a incluísse no regime tributário diferenciado aplicável às sociedades uniprofissionais, previsto no artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68, que tem a seguinte redação:

> Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.
>
> § 1º. Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.
>
> (...)
>
> § 3º. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.
>
> (...)

De acordo com o §3º do dispositivo legal em apreço, as sociedades prestadoras dos serviços nele indicados (itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa ao Decreto), formadas por profissionais que prestam serviços em nome da pessoa jurídica, mas com responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável, estão sujeitas ao recolhimento do imposto por meio de valores fixos, calculados em relação a cada profissional, seja ele sócio ou empregado da sociedade.

Acesso ao Sumário

Como se vê, é uma exceção à regra de que o preço do serviço constitui a base de cálculo do ISSQN (art. 9º, *caput*, do Decreto-lei 406/68 e art. 7º, *caput*, da Lei Complementar 116/03).

Embora ainda haja quem sustente a revogação do artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68 pela Lei Complementar nº 116/03, a questão já foi bastante discutida no Judiciário, até que o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento em sentido contrário. Com efeito, "segundo a jurisprudência firmada no âmbito da 1ª Seção do STJ, o tratamento diferenciado dispensado às sociedades profissionais, nos moldes do artigo 9º do Decreto-Lei 406/68, não foi revogado pela Lei Complementar 116/03" (REsp 919.067/MG Data do Julgamento: 02/08/2011).

Ainda segundo a mesma Corte, esse tratamento diferenciado destina-se às sociedades uniprofissionais que não tenham caráter empresarial (REsp 867715/ES).

A autora, ora apelada, é sociedade uniprofissional formada unicamente por economistas e tem como objeto social a prestação de serviços de consultoria (fls. 37/47).

Do referido objeto social é possível enquadrar referida sociedade no item 17 da Lista Anexo ao Decreto 406/68, que diz:

> *17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.*

Como se vê, a atividade desempenhada pela apelante está incluída entre as hipóteses de exceção do art.9º, §3º do Decreto-lei citado.

Outrossim, sabe-se que sociedade uniprofissional é aquela cujo objeto social consiste justamente na exploração da profissão intelectual de seus sócios. Destarte, não há como deixar de atribuir-se tal característica a uma sociedade de contadores que preste exclusivamente serviços contábeis.

A corroborar a ausência de caráter empresarial, o conceito de empresário é definido pelo *caput* do artigo 966 do Código Civil, segundo o qual "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Já nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, "não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, **salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa**".

Sociedade simples não se confunde com sociedade empresária, embora aquela explore atividade econômica e também possa visar ao lucro.

Acesso ao Sumário

Com muita propriedade, André Luiz Santa Cruz Ramos[1] traz a distinção entre as duas formas de sociedade, *in verbis*:

> Assim, as sociedades podem ser de duas categorias: a) sociedades simples, que são aquelas que exploram atividade econômica não empresarial, como as sociedades uniprofissionais estudadas no capítulo II; b) sociedades empresárias, que exploram atividade empresarial, ou seja, exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966 do Código Civil).
> (...)
> Portanto, a grande diferença entre as sociedades simples e as sociedades empresárias não está no fato de estas possuírem finalidade lucrativa, porque aquelas também podem ostentar essa característica. O traço distintivo entre ambas é mesmo o objeto social: a sociedade empresária tem por objeto o exercício de empresa (atividade econômica organizada de prestação ou circulação de bens ou serviços); a sociedade simples tem por objeto o exercício de atividade econômica não empresarial.

Também não se deve olvidar que o fato de, eventualmente, a sociedade simples poder instituir filial não a caracteriza como empresarial, uma vez que o artigo 1.000 do Código Civil, ao tratar do contrato social dessa espécie de sociedade, prevê tal possibilidade.

Registre-se, outrossim, que a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com a sociedade limitada, nos termos do artigo 983 do mesmo diploma legal, o que não afastaria a responsabilidade pessoal de seus sócios no que se referisse aos atos praticados no exercício da profissão. Isso porque a responsabilidade por erro profissional cometido por um sócio de sociedade simples prestadora de serviços médicos não está restrita ao valor de sua quota, ainda que a sociedade esteja constituída de conformidade com a sociedade limitada.

Conclui-se, portanto, que *uma sociedade de economistas será considerada empresarial somente quando o exercício da profissão constituir elemento de empresa*. Para tanto, é necessário que a atividade econômica por ela desenvolvida reúna todos os fatores de produção – insumos, mão de obra, capital e tecnologia.

Como bem registrado pelo citado professor[2], "(...) é o requisito da *organização dos fatores* de produção que caracteriza a presença do chamado *elemento de empresa* no exercício de profissão intelectual e que, consequentemente, faz com que o profissional intelectual receba a qualificação jurídica de empresário. Isso, obviamente, vale tanto para o exercício de profissão intelectual individualmente quanto para o exercício de profissão liberal em sociedade."

Importante citar recente julgado do STJ, datado de março de 2021, no qual assentou-se que a adoção da forma societária *limitada* pelas sociedades

Acesso ao Sumário

1 Direito Empresarial Esquematizado 2011 pág. 161/162.
2 pág. 33.

uniprofissionais não tem o condão de autorizar, por si só, seu desenquadramento no regime tributário diferenciado aqui debatido. Eis a ementa do aresto:

> DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **ISSQN. SOCIEDADES SIMPLES NO REGIME LIMITADO. QUADRO SOCIETÁRIO COMPOSTO POR MÉDICOS**. RECOLHIMENTO DO ISSQN PELA ALÍQUOTA FIXA. REGIME DO ARTIGO 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI 406/1968. SERVIÇO PRESTADO EM CARÁTER PESSOAL E EM NOME DA SOCIEDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDO.
>
> 1. O cerne da questão reside na caracterização da embargante como sociedade civil de profissionais, o que lhe permitiria gozar da alíquota fixa do ISSQN, nos moldes do artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/1968.
>
> 2. **No caso em tela, trata-se de sociedade simples limitada**, em que o objeto social é a prestação de serviços médicos desenvolvidos diretamente pelos sócios que compõem o quadro societário (fls.347/348, e-STJ), cuja responsabilidade pessoal é regida pelo Código de Ética Médica.
>
> 3. Circunscrito a estes parâmetros fáticos sobreditos, assevera- se que a fruição do direito a tributação privilegiada do ISSQN depende, basicamente, da análise da atividade efetivamente exercida pela sociedade, para saber se ela se enquadra dentre aquelas elencadas no § 3º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/1968 (itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 92 da lista anexa à LC n. 56/1987), bem como se perquirir se a atividade intelectual, científica, literária ou artística desempenhada pela pessoa jurídica não constitua elemento de empresa, ou melhor, nos termos do artigo 966 do Código Civil, que os fatores de produção, circulação e de organização empresarial não se sobreponham à atuação profissional e direta dos sócios na condução do objeto social da empresa, sendo irrelevante para essa finalidade o fato de a pessoa jurídica ter se constituído sob a forma de responsabilidade limitada.
>
> 4. Desta forma, ressalvado os modelos puramente empresariais, como ocorre com as espécies de sociedades anônimas e comandita por ações, **não é relevante para a concessão do regime tributário diferenciado a espécie empresarial adotada pela pessoa jurídica, pois como no caso concreto ora analisado, pode haver sociedades limitadas que não são empresárias, conforme preveem expressamente os artigos 982 e 983 do Código Civil.**
>
> 5. Embargos de Divergência providos.
>
> (EAREsp 31.084/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021, DJe 08/04/2021).

Destarte, vê-se que a apelada é sociedade limitada, formada por economistas e, da leitura de seu contrato social não é possível vislumbrar a reunião dos quatro elementos de empresa citados.

Acesso ao Sumário

No mais, mesmo que a impetrante tivesse descumprido obrigação acessória consistente no envio da declaração eletrônica de sociedade uniprofissional (D-SUP), tal fato não autorizaria a conclusão de que houve a alteração da natureza jurídica do serviço prestado, tampouco deve legitimaria o lançamento de exação tributária na forma mais onerosa a ela (tendo como base de cálculo o valor total da renda auferida pelo serviço prestado).

Tecidas tais considerações, percebe-se que o tratamento tributário diferenciado pretendido é aplicável à apelante.

Desse modo, deve ser dado provimento ao recurso e reformada a sentença a fim de conceder-se a ordem pretendida nos termos em que requerida.

Tecidas tais considerações, concluiu-se que a sentença solucionou corretamente a lide e deve ser mantida. Saliente-se não haver nada que se prover em sede de reexame necessário.

Para que não se alegue cerceamento do direito de recorrer, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, bastando que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no acórdão, como de fato ocorreu, sendo "desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais".

Por derradeiro, atentem-se as partes para o cabimento de embargos declaratórios nas estreitas hipóteses delineadas no artigo 1.022, sob pena de eventual aplicação das multas processuais previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 1.026, ambos dispositivos do Código de Processo Civil. Assinale-se que esta medida está em consonância com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0012385-93.2007.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante MUNICÍPIO DE EMBU DAS ARTES, é apelado BANCO DO PROGRESSO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.518)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), AMARO THOMÉ e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execuções fiscais – IPTU dos exercícios de 2004 a 2011. 1) Decretação de falência do executado antes do ajuizamento da ação – Mera irregularidade – Temas 702 e 703 do STJ. 2) Prescrição intercorrente – Inocorrência – Execução proposta após a alteração da redação do art. 174 do CTN – Despachos que ordenaram a citação proferidos em 23/07/2007, 22/10/2010 e 31/07/2012 – Prazo prescricional interrompido – Jurisprudência do STJ firmada no REsp nº 1.340.553/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos – Ausência de paralisação do feito por período superior a 6 anos por culpa da exequente – Demora na tramitação do feito por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça – Inteligência da Súmula 106 do STJ – Sentença afastada – Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de execuções fiscais propostas em julho de 2007, outubro de 2010 e julho de 2012 pelo MUNICÍPIO DE EMBU DAS ARTES em face do BANCO PROGRESSO S/A, objetivando a cobrança de IPTU dos exercícios de 2004 a 2011.

O despacho que ordenou a citação do executado foi proferido em 23/07/2007 (fls. 02).

Após tentativas frustradas de citação do executado pelo Correio e por Oficial de Justiça em dezembro de 2008 e maio de 2010 (fls. 08 e 11), a exequente requereu a citação por Edital em dezembro de 2012, pedido reiterado em junho de 2013, momento em que também manifestou interesse na adjudicação do imóvel tributado (fls. 13/14).

Em julho de 2013, a Municipalidade requereu a expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis para fins de intransmissibilidade do imóvel devedor, em razão de já ter manifestado interesse na adjudicação (fls. 18/22).

Foram apensados os autos os processos nos 14787/2010 e 14959/2012 em agosto de 2013, conforme certidão de fls. 24.

Intimada a juntar a certidão de objeto e pé dos autos falimentares nº 024-99.011.020-7, em novembro de 2013, a Municipalidade acostou a cópia do andamento processual da autofalência em tramite no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (fls. 26/61).

Remetidos os autos à conclusão em outubro de 2019, sobreveio a sen-

Acesso ao Sumário

tença de fls. 62 e verso, proferida pela MM. Juíza Barbara Carola Hinderberger Cardoso de Almeida, cujo relatório se adota, julgou extintas as execuções fiscais em razão do decurso de prazo prescricional para prescrição, nos termos do art. 485, II, do CPC e 156, V, do CTN.

Inconformada, a Municipalidade apelou às fls. 72/77, requerendo a reforma da sentença. Sustentou que ajuizou as execuções dentro do prazo prescricional, bem como a validade da citação por Edital e a ausência de inércia por parte da exequente. Alegou, ainda, que os créditos tributários não se submetem ao concurso formal instaurado com a decretação da falência, não havendo qualquer óbice para o prosseguimento das execuções fiscais.

Recurso tempestivo e isento de preparo, sem a apresentação de contrarrazões.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso merece provimento.

Inicialmente, cumpre salientar que, a despeito da execução ter sido ajuizada em face do BANCO DO PROGRESSO S/A após a sua decretação de falência, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.372.243/SE, fixou as seguintes teses:

> **TEMA 702 do STJ**. A mera decretação da quebra não implica extinção da personalidade jurídica do estabelecimento empresarial. Ademais, a massa falida tem exclusivamente personalidade judiciária, sucedendo a empresa em todos os seus direitos e obrigações. Em consequência, o ajuizamento contra a pessoa jurídica, nessas condições, constitui mera irregularidade, sanável nos termos do art. 284 do CPC e do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980.
>
> **TEMA 703 do STJ**. O entendimento de que o ajuizamento contra a pessoa jurídica cuja falência foi decretada antes do ajuizamento da referida execução fiscal "constitui mera irregularidade, sanável nos termos do art. 284 do CPC e do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980 não viola a orientação fixada pela Súmula 392 do Superior Tribunal Justiça, mas tão somente insere o equívoco ora debatido na extensão do que se pode compreender por 'erro material ou formal', e não como 'modificação do sujeito passivo da execução', expressões essas empregadas pelo referido precedente sumular.
>
> (Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11/12/2013, DJe de 21/3/2014.)

Superada essa questão, verifica-se que se trata de execuções fiscais para a cobrança de IPTU dos exercícios de 2004 a 2011 ajuizadas em julho de 2007,

Acesso ao Sumário

outubro de 2010 e julho de 2012, após, portanto, a alteração da redação do art. 174 do CTN, com despachos que ordenaram a citação proferidos em 23/07/2007, 22/10/2010 e 31/07/2012, interrompendo o prazo prescricional.

Caracterizada causa interruptiva da prescrição inicia- se a contagem do prazo da prescrição intercorrente, consoante entendimento do STJ no sentido de que: "A prescrição intercorrente é concernente ao reinício da contagem do prazo após a ocorrência de uma causa de interrupção" (AgRg no REsp 1.074.051/PE, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 03/09/2009, DJe 14/09/2009).

Com efeito, a 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.340.553-RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou as seguintes teses em torno do rito previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.830/80 e sobre a contagem do prazo da prescrição intercorrente:

> "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).
>
> (...)
>
> 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):
>
> 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;
>
> 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.
>
> 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

Acesso ao Sumário

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)".

(REsp 1.340.553-RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, m.v., 1ª SEÇÃO, julg. Em 12/09/2018) (g.n.).

No presente caso, verifica-se que, após tentativas frustradas de citação do executado pelo Correio e por Oficial de Justiça em dezembro de 2008 e maio de 2010, a exequente requereu a citação por Edital em dezembro de 2012, reiterando o pedido em pedido em junho de 2013.

Em julho de 2013, a Municipalidade requereu a expedição de ofício ao

Acesso ao Sumário

Cartório de Registro de Imóveis para fins de intransmissibilidade do imóvel devedor, em razão de já ter manifestado interesse na adjudicação.

Em agosto de 2013, foi determinado o apensamento a esses autos dos processos nos 14787/2010 e 14959/2012, bem como a determinação de juntada da certidão de objeto e pé dos autos falimentares nº 024-99.011.020-7, cumprida em novembro do mesmo ano.

Somente em outubro de 2019 os autos foram remetidos à conclusão, quando sobreveio a sentença recorrida.

Como é cediço, a demora na tramitação da execução não pode, em princípio, resultar em prejuízo da Fazenda Pública, salvo se comprovada estreme de dúvida a sua inércia, situação que não se encontra evidenciada de forma cabal nos autos.

De sorte que a paralisação dos autos não pode ser atribuída à exequente, mas sim a questões inerentes aos mecanismos do Poder Judiciário.

Nesse sentido, há de se considerar o teor da Súmula 106 do STJ, que dispõe: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência", cuja aplicação foi ratificada no julgamento do Resp. 1.102.431/RJ pelo STJ.

Por isso, no caso *sub judice*, não se vislumbra a ocorrência da prescrição intercorrente.

Face ao exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002544-40.2019.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante/apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelada/apelante MARIA APARECIDA DO CARMO DUARTE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da autora e deram parcial provimento ao recurso da autarquia e ao reexame necessário. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Thomaz Antonio de Moraes", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.299)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente), ANTONIO MOLITERNO e RICARDO GRACCHO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2023.

Acesso ao Sumário

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação acidentária parcialmente procedente.

REEXAME NECESSÁRIO considerado interposto. Sentença ilíquida. Súmulas 423 do STF e 490 do STJ. Artigo 496, inciso I, do CPC.

PRELIMINAR. EFEITO SUSPENSIVO. Cabimento. Ausentes os requisitos para concessão de tutela provisória. Não comprovada a probabilidade do direito ao auxílio por incapacidade temporária. Acolhimento.

AUXÍLIO-ACIDENTE. Lesões no ombro esquerdo e na coluna cervical. Incapacidade parcial e permanente demonstrada. Nexo de causalidade comprovado. Prova pericial contundente. Benefício devido.

AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA ACIDENTÁRIO. Incapacidade laborativa total e temporária não comprovada. Desnecessidade de submissão da autora à reabilitação profissional, ante a concessão do benefício permanente cabível.

APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE ACIDENTÁRIA. Descabimento. Ausência de incapacidade laborativa total. Condições pessoais da obreira não a excluem do mercado de trabalho.

ABONO ANUAL. Cabimento. Artigo 40 da Lei 8.213/91. DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO. Prévio gozo de auxílio por incapacidade temporária. Alta médica. Dia seguinte ao da indevida cessação administrativa. Artigo 86, § 2º, da Lei 8.213/91. Entendimento firmado pelo C. STJ, em julgamento dos REsps 1.729.555/SP e 1.786.736/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 862).

Suspensão do auxílio-acidente no período de gozo de auxílio por incapacidade temporária relacionado às mesmas sequelas (artigo 104, § 6º, do Decreto 3.048/99).

RENDA MENSAL INICIAL. Observância dos mesmos índices previdenciários aplicados aos benefícios em manutenção.

Acesso ao Sumário

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICABILIDADE DA LEI 11.960/09. Questão decidida pelo C. STF, no RE 870.947/SE (Tema 810 de repercussão geral), definindo o IPCA-E como índice de correção monetária das prestações em atraso e fixando os juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança. A partir da vigência da EC 113/2021, deverá ser observada a taxa SELIC, ressalvada decisão do C. STF nas ADIs 7.047 e 7.064.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Sendo a sentença ilíquida, a apuração do percentual e base de cálculo da verba honorária ocorrerá na fase de liquidação. Artigo 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015. Questão submetida ao rito dos recursos repetitivos (Tema 1.105), sem determinação de suspensão dos processos. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. Tema 692, STJ. Julgamento da Questão de Ordem (Pet nº 12.482/DF) que reafirmou a tese jurídica da possibilidade de ressarcimento dos valores recebidos a título de antecipação dos efeitos da tutela, ainda que de boa-fé, com acréscimo redacional. Autarquia poderá reaver eventuais valores pagos a maior, a título de auxílio por incapacidade temporária, com desconto de até 30% do valor das parcelas do auxílio-acidente a ser implantado.

Expedição de ofício para cessação do auxílio por incapacidade temporária e implantação imediata do auxílio-acidente. Cabimento.

RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO. RECURSO DA AUTARQUIA E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotado o relatório lançado na r. sentença proferida pela MM. Juíza *Dra. Vanessa Aparecida Bueno*, que julgou parcialmente procedente o pedido apresentado por MARIA APARECIDA DO CARMO DUARTE e determinou a concessão de auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), a partir do primeiro dia útil seguinte ao da cessação administrativa (16/12/2018 – fl. 82), a ser mantido até que a autora esteja apta ao trabalho ou se aposente por invalidez; correção monetária pelo IPCA-E; juros de mora, na taxa prevista pelo artigo

1º-F da Lei 9.494/97, contados a partir da citação; honorários advocatícios, incidentes sobre as prestações vencidas até a sentença, em percentual a ser fixado por ocasião da liquidação do julgado, e custas processuais, antecipando os efeitos da tutela para implantação do benefício no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00, limitada a R$ 10.000,00, além da responsabilização por crime de desobediência (fls. 154/161), anoto que os autos vieram à segunda instância por força de recursos voluntários da autarquia e da autora.

O INSS, representado pelo Procurador Federal *Dr. Odair Leal Bissaco Júnior*, preliminarmente, requer o recebimento de seu recurso também no efeito suspensivo. No mérito, pede a inversão do julgado, sustentando ausência de incapacidade laborativa, mormente porque a autora retornou ao trabalho após a alta médica. Subsidiariamente, pede fixação do termo inicial do benefício na data da sentença, estabelecimento de prazo de 120 dias para duração do auxílio por incapacidade temporária, independentemente de nova perícia, ante a impossibilidade de condicionar a cessação do benefício ao resultado da reabilitação profissional ou até nova decisão judicial, aplicação do artigo 3º da EC 113/2021 para fins de atualização monetária e compensação da mora, isenção de custas e despesas processuais, e afastamento ou redução da multa diária e da responsabilização por crime de desobediência. Prequestionou as matérias (fls. 181/196).

Pretende a obreira, por meio de seu advogado *Dr. Thomaz Antônio de Moraes*, a concessão de aposentadoria por incapacidade permanente, aduzindo que as mazelas de que padece, associadas à sua idade avançada, baixa escolaridade e impossibilidade de reabilitação profissional, impedem o retorno a qualquer atividade laborativa que lhe garanta o sustento (fls. 231/236).

Somente a autora apresentou contrarrazões (fls. 249/259).

Os autos foram remetidos ao Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que declinou de sua competência, por entender tratar-se de matéria relativa a acidente de trabalho (fls. 263/267).

O Ministério Público não atuou no processo (Ato Normativo nº 354/04 – PGJ – CGMP).

RELATADOS, passo a decidir.

Inicialmente, a r. sentença que condenou o INSS a restabelecer benefício acidentário é ilíquida, sendo necessária apuração de parcelas devidas, além de se proceder à atualização monetária e calcular a incidência de juros moratórios.

Logo, segundo se extrai das Súmulas 423 do STF e 490 do STJ, assim como do artigo 496, inciso I, do CPC/2015, deve haver reexame necessário, considerado interposto, haja vista a omissão da r. sentença.

A preliminar arguida pela autarquia deve ser acolhida pois, em se tratando de julgado que concede tutela antecipada, tendo em vista a solução dada à lide, como se verá no exame do mérito, seu recurso será recebido também no efeito

Acesso ao Sumário

suspensivo.

A r. sentença merece parcial reforma.

Cuida-se de ação acidentária movida pela autora contra o INSS, alegando que, durante o vínculo empregatício com a empregadora mencionada na inicial, exercendo a função de monitora, sujeitava-se a condições agressivas de trabalho, apresentando males na coluna cervical, com consequente diminuição de sua capacidade laboral. Requereu a concessão de benefício acidentário.

O INSS, em esfera administrativa, concedeu-lhe auxílios por incapacidade temporária (auxílio-doença) previdenciários, nos períodos compreendidos entre 28/02/2013 e 30/08/2013, 23/09/2013 e 30/11/2013, 26/09/2018 e 28/10/2018 e de 21/11/2018 a 15/12/2018, com diagnósticos CID M79.6 – Dor em membro, S50.0 – Contusão do cotovelo e M79.1 – Mialgia, e acidentário, entre 15/03/2017 e 31/07/2017, relacionado ao diagnóstico CID S42.2 – Fratura da extremidade superior do úmero (fls. 16, 18/19 e 111/124).

O laudo médico-pericial (fls. 65/86, complementado a fls. 144/145) demonstrou a existência de mazelas, a incapacidade laborativa parcial e permanente e o nexo causal.

Com efeito, o perito judicial *Dr. Alexandre Augusto Ferreira* salientou:

"- No exame físico foram realizadas manobras e testes semiológicos para avaliar a queixa atual da autora, as lesões e danos presentes assim como as possíveis alterações que podem comprometer os seguimentos afetados. Foi evidenciado que as lesões ocasionadas pela discopatia cervical e tendinopatia em ombro esquerdo, acarretam dores e alterações funcionais, que comprometem o patrimônio físico da autora, impondo dificuldades para o desempenho da sua função profissional e consequentemente diminuição da capacidade laboral. Há sinais objetivos e técnicos que atestam a incapacidade laborativa. As lesões presentes são duradouras e não podem ser passiveis de cura total e são de ***caráter permanente e parcialmente incapacitantes****.*

• Porém o quadro clínico atual não torna a autora invalida e definitivamente incapaz para os atos da vida social e/ou para exercer atividade de labor compatível com seu quadro clinico atual. Portanto poderá ser submetida a processo de reabilitação profissional para ser habilitada a exercer atividade ou função compatível com seu quadro clinico atual.

• A Autora apresenta limitações para exercer atividades que exijam força, repetitividade e esforços dinâmicos e estáticos com o seguimento afetado.

• Há nexo causal entre o quadro clínico atual e a atividade de labor da autora. O embasamento técnico está na avalição da atividade de labor do autor e a dinâmica de movimentos que realizava com os seguimentos acometidos

• Quanto a avaliação da capacidade laboral, a autora apresenta incapa-

Acesso ao Sumário

*cidade **Parcial e Permanente** para exercer sua atividade de labor Habitual. A incapacidade está tecnicamente embasada nos achados clínicos do exame físico atual e análise da documentação médica."* (fl. 81)

O trabalho técnico foi bem fundamentado, prestando-se como prova técnica hábil à formação do livre convencimento do julgador.

Como se vê, o *expert* do Juízo foi enfático ao concluir pela redução parcial e permanente da capacidade laborativa da autora, em decorrência de males na coluna cervical e tendinopatia ombro esquerdo, que impedem o desempenho do labor habitual.

Registre-se que a obreira exerceu desde o ano 2004, as atividades de coletora de lixo domiciliar, encarregada geral de operações de conservação de vias permanentes (exceto trilhos), monitora de transporte escolar, limpadora de vidros e faxineira (fl. 197/199), atividades que demandam intensa movimentação dos membros superiores e da coluna vertebral.

Denota-se, assim, que se as condições em que desempenhava o labor não foram a única causa para a eclosão das doenças ortopédicas que acometem a autora, contribuíram para o processo de agravamento, estando desta forma demonstrada a concausa.

Anote-se que a concausa faz parte do ordenamento acidentário e está prevista na Lei n° 8.213/91, pois o seu art. 21 dispõe que se "*equiparam também ao acidente do trabalho [...] o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação*".

Desse modo, esta regra é aplicável na espécie, haja vista tratar-se de incapacidade funcional decorrente de males oriundos de causas multifatoriais, agravados pelas condições em que a autora exercia suas funções.

Todavia, não é caso de restabelecimento do auxílio por incapacidade temporária, uma vez que não estão presentes os requisitos previstos no artigo 59 da Lei 8.213/91.

Isto porque referido benefício somente é devido quando a incapacidade da obreira impede seu retorno ao trabalho, ante a necessidade de tratamento. No presente caso, as lesões estão consolidadas e são permanentes, permitindo o exercício de outra atividade laborativa.

Demais a mais, uma vez constatada incapacidade laborativa parcial e permanente para a realização das atividades habituais, incabível a determinação para que a autarquia submeta a obreira a processo de reabilitação profissional.

Nesse sentido, o Ministro Og Fernandes, do C. Superior Tribunal de Justiça, destacou, no julgamento do REsp 1.031.128/SP (DJ 10.06.2010), *in verbis*:

"(...) a reabilitação profissional obrigatória pelo Instituto não é um benefí-

Acesso ao Sumário

cio, mas apenas um serviço que ele deve prestar. Se não lograr sucesso, deve pagar o benefício correspondente à incapacidade do obreiro. (...) Assim, infere-se que a concessão do auxílio-acidente implica o reconhecimento de que a autora está parcial e permanentemente incapacitada para o exercício das funções desempenhadas anteriormente, não havendo mais tratamento ou reabilitação possível."

Também não é caso de concessão da aposentadoria por incapacidade permanente, uma vez que não estão presentes os requisitos previstos no artigo 42 da LBPS.

De fato, as mazelas na coluna cervical e no ombro esquerdo, por si, não impedem o desempenho de atividade laborativa diversa daquela que a autora exercia à época da eclosão das doenças. Ademais, a autora tem potencial laborativo para desempenhar atividades que não exijam esforço físico.

Desse modo, descabida concessão de aposentadoria por incapacidade permanente, benefício devido somente quando a incapacidade impede o exercício de toda e qualquer atividade laboral que garanta a subsistência, situação não comprovada nesta demanda.

Sendo assim, presentes os requisitos da lei infortunística, a reparação acidentária é de rigor, pelo que **se julga procedente em parte** a demanda para condenar o INSS a conceder à autora **auxílio-acidente** de 50% sobre o salário-de-benefício, nos termos do artigo 86, *caput*, da Lei 8.213/91.

Frisa-se que embora não tenha havido pedido na inicial de auxílio-acidente, tal concessão é plenamente possível.

Isso porque cabe ao magistrado a subsunção do fato à lei. O benefício a ser concedido deve ser determinado pelo juiz, e não pelas partes, de acordo com o que foi comprovado nos autos e em face da lei que rege a matéria.

Esse é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXTRA PETITA. FLEXIBILIZAÇÃO DO PEDIDO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DO REQUERIDO NA PETIÇÃO INICIAL.

1. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal.

2. É firme o posicionamento do STJ de que, em matéria previdenciária,

Acesso ao Sumário

deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não se entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial. (g.n.)

Precedentes: REsp 1499784/RS, minha relatoria, Segunda Turma, DJe 11/2/2015, AgRg no REsp 1247847/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/06/2015, AgRg no REsp 1.367.825/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/4/2013 e AgRg no REsp 861.680/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/11/2008.

3. Recurso Especial provido."

(STJ, REsp 1568353/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 05/02/2016).

Quanto ao termo inicial do auxílio-acidente, havendo notícia nos autos acerca da concessão de auxílio por incapacidade temporária relacionado ao objeto da demanda, deverá ser fixado no dia posterior ao da alta médica ocorrida em 15/12/2018 (fl. 19), conforme dispõe o artigo 86, § 2º, da Lei 8.213/91.

Isso porque a autarquia optou pela alta médica da obreira, quando ainda persistia o quadro incapacitante.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça, em 09/06/2021 (DJe 01/07/2021), ao julgar os Recursos Especiais 1.729.555/SP e 1.786.736/SP, afetados ao rito dos recursos repetitivos (Tema 862), firmou a seguinte tese jurídica: "*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*".

O auxílio-acidente deverá ser suspenso nos períodos posteriores em que verificada a reativação de auxílio por incapacidade temporária pela mesma sequela (artigo 104, § 6º, do Decreto 3.048/99).

É também devido abono anual, conforme preceitua o artigo 40 da Lei 8.213/91.

A renda mensal inicial (RMI) deve ser reajustada observando- se os mesmos índices previdenciários aplicados aos benefícios em manutenção, por obediência ao princípio da isonomia.

Os juros de mora devem ser contados englobadamente sobre as parcelas vencidas até a citação e, após, de maneira decrescente, mês a mês, aplicando-se, a partir da vigência da MP 567/2012, convertida na Lei 12.703/2012, a variação da taxa SELIC, conforme a remuneração das cadernetas de poupança.

Em 20/09/2017 (DJe de 20/11/2017), o C. Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento exarado no RE 870.947/SE, Tema 810 de repercussão geral, no sentido de que os juros de mora devem ser os aplicáveis às cadernetas de poupança, declarando, todavia, ser incabível a utilização da TR como índice de

Acesso ao Sumário

atualização, a ser feita pelo IPCA-E. Referida decisão não teve efeitos modulados e transitou em julgado aos 03/03/2020.

Acrescente-se que, a par de eventual interpretação divergente do entendimento firmado pelo C. STJ, Tema 905, e C. STF, Tema 810, no tocante ao índice de correção monetária, esta Câmara entende aplicável o IPCA- E, como decidido pela Corte Máxima do Poder Judiciário.

Demais disso, a Emenda Constitucional 113, publicada em 09 de dezembro de 2021, trouxe novo regramento para a correção monetária e a compensação da mora das dívidas previdenciárias, como se vê do artigo 3º, *in verbis*: "*nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente*".

Sendo assim, a partir de 09/12/2021, a taxa SELIC será aplicada às prestações em atraso, mês a mês, como único índice de atualização, compreendendo correção monetária e juros de mora, ressalvado o que vier a ser decidido pelo C. STF, nas ADIs 7.047 e 7.064.

Não cabe, finalmente, neste momento, dispor sobre questões atinentes ao pagamento do precatório, como correção monetária e juros incidentes após a elaboração da conta de liquidação, dentre outras, devendo ser apreciadas na fase de execução.

Em relação aos honorários advocatícios, levando-se em conta que a r. decisão concessiva é ilíquida e que foi proferida na vigência do novo estatuto processual, o percentual e a base de cálculo, inclusive no tocante à incidência da Súmula 111 do C. STJ, deverão ser definidos apenas em liquidação, a teor da ressalva prevista no artigo 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015, oportunidade em que as partes poderão discutir, em contraditório, os parâmetros adotados.

Nesse sentido, o C. STJ, em 24/08/2021 (DJe 10/09/2021), através de voto proferido pelo Relator Ministro Sérgio Kukina, decidiu afetar os Recursos Especiais 1.883.715/SP, 1.883.722/SP, 1.884.091/SP e 1.880.529/SP ao rito dos recursos repetitivos (Tema 1.105), para submissão à julgamento da seguinte tese controvertida: "*Definição acerca da incidência, ou não, da Súmula 111/STJ, ou mesmo quanto à necessidade de seu cancelamento, após a vigência do CPC/2015 (art. 85), no que tange à fixação de honorários advocatícios nas ações previdenciárias*."

Acesso ao Sumário

Observa-se que o INSS é isento do pagamento das custas processuais, em razão da isenção legal estabelecida pelas Leis Estaduais 4.952/85 e 11.608/03, mas responde pelo reembolso das despesas processuais comprovadas.

Por derradeiro, em razão da solução dada à lide, fica revogada a tutela antecipada anteriormente deferida, restando prejudicada a análise do pedido da autarquia, de afastamento da multa diária, devendo o INSS implantar benefício de auxílio-acidente em favor da autora.

Determina-se a expedição de ofício à autarquia, a fim de que promova a imediata cessação do auxílio por incapacidade temporária (NB 31/625.812.554-2 – fl. 242) e a implantação de auxílio-acidente de espécie acidentária (B94), aguardando-se o trânsito em julgado tão somente para o pagamento dos atrasados.

Anote-se que a autarquia poderá reaver os valores pagos à segurada, a título de auxílio por incapacidade temporária acima referido, concedido por força de tutela antecipada, nos termos do decidido pelo C. STJ (Petição 12.482-DF), que reafirmou tese jurídica contida no Tema Repetitivo 692/STJ, a saber: "*A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago*".

Ressalte-se que, após a publicação do v. acórdão paradigma (DJe 24/05/2022), foram interpostos Embargos de Declaração, pendentes de julgamento.

Não obstante, o artigo 1.040, *caput*, do CPC/2015 prevê que a tese deve ser aplicada com a mera publicação do acórdão paradigma, independente de trânsito em julgado.

Assim sendo, nada impede a imediata aplicação do quanto decidido pela Corte Cidadã sobre a matéria.

In casu, se for verificado, na fase de cumprimento de sentença, que o montante a ser recebido pela obreira é inferior àquele já pago na esfera administrativa, determina-se que a diferença em favor do INSS seja descontada nas parcelas mensais do auxílio-acidente a ser implantado, em valor que não ultrapasse 30% do benefício.

No que tange ao prequestionamento, desnecessária para sua configuração a referência expressa a artigos de lei, bastando que as questões sejam debatidas e decididas, como na presente hipótese.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso da autora e dá- se parcial provimento ao recurso da autarquia e ao reexame necessário, para conceder benefício de auxílio-acidente, nos termos acima, expedindo-se ofício para imediata cessação do auxílio por incapacidade temporária e implantação do auxílio-acidente.

Acesso ao Sumário

Atendendo à recomendação da Corregedoria Geral da Justiça, veiculada pelo Comunicado nº 912/2007 e, visando contribuir para o cumprimento mais célere do julgado, passa a integrar o presente o seguinte tópico-síntese:

- N° do processo:	1002544-40.2019.8.26.0272
- Nome do segurado:	Maria Aparecida do Carmo Duarte
- Benefício concedido:	Auxílio-acidente (B94)
- D.I.B.	16/12/2018
- Renda Mensal Inicial	A calcular

Servirá cópia do presente como ofício ao INSS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002997-89.2021.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que é apelante PROJECON-KM ENGENHARIA LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE JAGUARIÚNA.

ACORDAM, em 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 44.127)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – IPTU – Município de Jaguariúna – Compromisso de compra e venda – Pretensão à exclusão da impetrante do cadastro imobiliário, permanecendo o compromissário comprador na condição de único contribuinte, nos termos do art. 21, § 1º, do CTM – Admissibilidade, "in casu" – Lei Municipal que prevê a responsabilidade do promitente vendedor até o momento da inscrição do compromissário comprador no cadastro imobiliário – Inteligência do art. 34 do CTN e da Súmula 399 do STJ – Precedentes – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Mandado de segurança impetrado com vistas a compelir o Fisco a excluir a impetrante (promitente vendedora) do cadastro imobiliário, permanecendo o compromissário comprador como contribuinte do imóvel descrito na inicial, nos termos da legislação municipal.

Da sentença de fls. 91/98, que denegou a segurança, prolatada pela Meritíssima Juíza de Direito Ana Paula Colabono Arias, apela a impetrante (fls. 120/134) buscando a reforma aos seguintes argumentos, em síntese: após a ciência da celebração do compromisso de venda e compra, o compromissário comprador passa a responder com exclusividade pelas obrigações tributárias inerentes ao imóvel; no caso dos autos, houve o devido registro no competente cartório do termo de quitação do respectivo preço; ressalta-se que desde a assinatura do contrato, a posse do imóvel foi transferida aos adquirentes (cláusula 23), os quais se comprometeram após a quitação, promover o registro da transferência definitiva da propriedade (cláusula 35); a exclusão da impetrante do cadastro imobiliário não trará nenhum prejuízo ao Fisco, pois, além de poder exigir o pagamento do imposto dos adquirentes, o imóvel tributário poderá garantir a satisfação de eventuais débitos; a sentença não pode prevalecer, sob pena de afronta aos arts. 167, II, item 32, da Lei de Registro Público e 5º, 15, 17, 18 e 21, todos do CTM.

Regularmente processado e respondido (fls. 141/145).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Segundo se depreende dos autos, a apelante celebrou promessa de compra e venda do lote 7, quadra B, do Loteamento Jardim Imperial, em 18.8.2000, com Luis Fernando de Oliveira, casado com Rosileide da Silva Alves de Oliveira (fls. 39/47).

Importante observar que a mera celebração de compromisso de compra e venda, ainda que registrada no respectivo Cartório, não tem o efeito de transferir a propriedade imobiliária, pois consoante estabelece a lei civil, a propriedade de um imóvel não se transmite senão com o regular registro do título translativo no competente cartório de registro de imóveis (art. 1.245, *caput*, e § 1º, do Código Civil).

Nesse sentido, o seguinte precedente o C. STJ, cuja ementa segue transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU, TAXA DE COLETA DE LIXO E TAXA DE EXPEDIENTE DOS EXERCÍCIOS DE 2012 A 2015. PROMITENTE COMPRADOR OU PROMITENTE VENDEDOR. ENTENDIMENTO DESTA CORTE. DIREITO REAL. CONTRATO DE

Acesso ao Sumário

COMPRA E VENDA REGISTRADO EM CARTÓRIO. APLICABILIDADE.

(...)

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que tanto o promitente comprador do imóvel quanto seu promitente vendedor são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU, mesmo que o contrato de alienação do bem tenha sido registrado em cartório antes do fato gerador do mencionado tributo. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.655.107/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 22/6/2018; REsp n. 1.773.779/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/12/2018, DJe 17/12/2018 e AgInt no REsp n. 1.695.049/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 12/2/2019, DJe 21/2/2019. IV - Agravo interno improvido." (AgInt no REsp 1813250/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, v.u., j. em 19/04/2021). Grifo deste Relator.

Ademais, diante do que dispõe o art. 123 do CTN, salvo expressa disposição de lei em contrário, não se pode opor à Fazenda Pública convenções particulares que modifiquem a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária.

Ressalta-se, ainda, que o contribuinte do IPTU é "*o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título*" (art. 34 do Código Tributário Nacional).

Além disso, relativamente ao sujeito passivo do IPTU nos casos de compromisso de compra e venda, deve-se aplicar o entendimento já firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e consignado na Súmula nº 399 do STJ, segundo a qual, "*Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU*".

Como se extrai do teor dos precedentes que inspiraram esse enunciado – dentre os quais se destaca o REsp nº 1.111.202/SP (1ª Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, v.u. em 10/06/2009, DJe de 18/06/2009), cujo acórdão respectivo foi submetido ao regime do art. 543-C do antigo CPC – a sua formação se deveu justamente à controvérsia sobre ser ou não o promissário-comprador sujeito passivo daquele tributo, concluindo a mencionada Corte Superior pela possibilidade de o Município também identificá-lo como tal, sem prejuízo de manter nessa posição, conjuntamente, o proprietário de direito, bem como de executar um ou outro.

Dito isso, no caso específico dos autos, a Lei Complementar Municipal nº 4/1991 (Código Tributário Municipal), no seu art. 21, § 1º, prevê a substituição do promitente vendedor pelo compromissário comprador a partir da inscrição deste último no cadastro imobiliário, na condição de contribuinte, nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"Art. 21 O imposto será lançado em nome do contribuinte que constar da inscrição.

§ 1º No caso de terreno objeto de compromisso de compra e venda, o lançamento será mantido em nome do promitente vendedor *até a inscrição do compromissário comprador*. Grifo deste Relator

No caso concreto, observa-se que houve a devida inscrição do compromissário comprador no cadastro imobiliário, conforme documento a fls. 49, não impugnado pela Municipalidade, sendo certo que, nesta hipótese, a legislação municipal prevê a exclusão do proprietário do imóvel da qualidade de contribuinte do IPTU.

Acrescente-se, a isso, ter sido transferida a posse do terreno ao compromissário-comprador com o instrumento de fls. 39/47.

Nessas circunstâncias, levando-se em conta os dizeres do art. 34 do CTN, bem como a Súmula nº 399 do STJ, era o caso de concessão da segurança para a exclusão da impetrante do cadastro imobiliário referente ao imóvel descrito na inicial, permanecendo como contribuinte o compromissário comprador, nos termos do art. 21, § 1º, da Lei Complementar Municipal nº 4/1991.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal em casos semelhantes ao vertente, envolvendo Municipalidades que possuem legislação com o mesmo teor, nesse aspecto:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Exceção de Pré-Executividade parcialmente rejeitada por não reconhecer a ilegitimidade passiva arguida em relação ao IPTU, condenando as excipientes ao pagamento de honorários sucumbenciais – Reforma do r. decisório – Código Tributário Municipal que elege o compromissário comprador, que esteja inscrito no Cadastro Imobiliário Fiscal, como sujeito passivo do IPTU (art. 171) – Observância ao teor da Súmula 399 do E. STJ e do Tema nº 122 dos Recursos Repetitivos – Reconhecimento da ilegitimidade da promitente vendedora – Extinção da ação executiva – Sucumbência do Município – Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2138143-66.2022.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Silvana Malandrino Mollo, por maioria de votos, j. em 20.10.2022).

"Ação anulatória. IPTU e taxas. Compromisso de compra e venda do imóvel. Súmula 399 do STJ. Contribuinte eleito expressamente pela legislação municipal como sendo o compromissário comprador, desde que haja inscrição deste no cadastro imobiliário do Município. Hipótese dos autos que se amolda ao regramento exposto. Cobrança das exações que deve ser realizada em face dos compromissários compradores. Dá-se provimento ao recurso. Ademais, não se ignora que diante do que dispõe o art. 123 do CTN, salvo expressa disposição de lei em contrário, não se pode opor à Fazenda Pública convenções particulares que modifiquem a definição legal do sujeito passivo da obrigação

Acesso ao Sumário

tributária." (Apelação nº 0010081-96.2011.8.26.0624, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Beatriz Braga, V.U., j. em 24.10.2013).

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença, com a concessão da segurança, para que a Municipalidade, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação desta decisão, proceda à exclusão da impetrante do cadastro imobiliário referente ao imóvel descrito na inicial, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Corolário do que ora se decide, impõe-se a condenação do impetrado ao pagamento das custas e despesas processuais.

Especificamente enfocando a matéria ora versada em autos de mandado de segurança, anotam THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, LUÍS GUILHERME A. BONDIOLI e JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA, na nota 3 ao art. 25 da Lei nº 12.016/09, com base em vários precedentes ("C.P.C.L.P.V.", 47ª ed., 2016, Editora Saraiva, p.1.640) que:

"A lei não isenta a parte que deu causa à instauração do mandado de segurança do pagamento das respectivas custas. Assim, em caso de concessão da segurança, a autoridade coatora deve em regra ser condenada ao pagamento das custas (RT 673/71). Denegada a segurança, deve o impetrante em regra responder pelas custas".

Nesse sentido, precedente desta 15ª Câmara de Direito Público (Embargos de Declaração nº 1044774-75.2019.8.26.0053/50000, Rel. Des. Raul de Felice, V.U., j. 21.07.2020), cuja ementa segue transcrita:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Apelação cível – Mandado de segurança – Município de São Paulo – Recurso dos impetrantes provido – Ocorrência de omissão quanto à inversão dos ônus sucumbenciais – Aplicação do princípio da causalidade – Embargos de declaração acolhidos para suprir a omissão apontada, sem qualquer outra modificação no julgado".

Para que dúvida alguma paire a respeito, por fim, assenta-se que a presente decisão não representa negativa de vigência a nenhum dos dispositivos invocados pelas partes.

Na conformidade do exposto, então, para o fim proposto, meu voto propõe dar provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005708-84.2017.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante/apelado RICARDO DA SILVA PEREIRA, é apelado/apelante MUNICÍPIO DE ITAPEVI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso do autor, não provido o recurso adesivo do Município. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.531)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente), TORRES DE CARVALHO e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 30 de janeiro de 2023.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação de indenização de danos morais. Enchente. Município de Itapevi. Autor que contraiu leptospirose e necessitou de longo período de internação. Presentes os requisitos para a responsabilização, a saber, conduta omissiva e nexo de causalidade entre a conduta e o dano vivenciado pelo autor. Falha na prestação do serviço público caracterizada, conforme reconhecido no laudo pericial. Afastadas as hipóteses de culpa exclusiva da vítima e força maior. Dever de indenizar configurado. Ação parcialmente procedente. Recurso do autor parcialmente provido, não provido o recurso adesivo do Município.

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização dos danos decorrentes de enchentes, para condenar o requerido ao pagamento de R$5.000,00 à título de danos morais (p. 447/453), apelou o autor buscando a majoração do valor arbitrado, que entende irrisório; disse que necessitou de internação hospitalar, permanecendo vários dias em UTI, sob grave risco de morte em razão da leptospirose contraída em decorrência do contato com as águas contaminadas; que sua casa foi invadida pelas águas da enchente, trazendo lixo, lama, lodo, entulho e ratos para dentro do imóvel, em flagrante ofensa à sua dignidade pois perdeu móveis e objetos pessoais e ficou sem ter como morar; sustentou que em ações semelhantes o requerido foi condenado ao pagamento de R$15.000,00, não sendo suficiente o valor ínfimo arbitrado. Adesivamente o Município apelou buscando a improcedência da ação; disse que o imóvel do autor foi construído de forma irregular, não possui alvará tampouco "habite-se" e está localizado em Área de Proteção Permanente; insistiu estar patente a culpa

Acesso ao Sumário

exclusiva da vítima ao assumir o risco de residir em construção irregular e que não há nexo causal capaz de gerar obrigação de indenizar os prejuízos morais alegados, não se admitindo que o autor se beneficie de sua própria torpeza; argumentou que se trata, ainda, de caso fortuito ou de força maior decorrente do alto volume de chuvas, muito acima da média, que assolaram a região nos dias 10 e 11 de março de 2016, devendo ser considerado tal fato como excludente de responsabilidade, nos termos do art. 393 do CC; anotou ter sido apurado pela perita que a dificuldade de vasão das águas pluviais decorreu do excesso de chuvas despencadas nessa época, que ultrapassaram o volume de água normal, e requereu que a condenação ao pagamento de dano moral seja afastada; trouxe jurisprudência amparando sua tese. Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

A inundação da residência do autor, localizada na Rua Wladimir Vilhena Braga, nº 46, Jardim Sorocabano, é fato incontroverso; a responsabilidade do Poder Público, no entanto, deve ser analisada tendo em vista a alegação de força maior ou caso fortuito e as circunstâncias em que os fatos ocorreram.

A questão não é nova e já foi conhecida por esta Corte em diversos julgamentos, dos quais se extraem decisões tendentes a mitigar, mas não excluir, o dever de indenizar por parte do Município apelante.

No caso dos autos a prova pericial apurou "*a presença de poucas bocas de lobo e grelhas de drenagem pluvial na Rua Wladimir Vilhena Braga. Tanto nas bocas de lobo, quanto nas grelhas, foi observada grande quantidade de lixo e entulho. Além disso foi observado o armazenamento de materiais de construção pelos moradores da região nas calçadas das vias públicas a céu aberto. Observando o Córrego Barueri-Mirim, esta signatária encontrou um grande acúmulo de lixo. O Córrego também apresentou um forte cheiro de esgoto, sinal de que alguns imóveis da região estariam despejando seu esgoto nele. Em suas margens foram erguidas construções residenciais irregulares. Não foi respeitada a faixa não edificante, prevista em lei, para margens de curso d'água. A linha férrea que acompanha a Av. Leda Pantalena é isolada por um muro que impede a circulação de pedestres. Foram observados por esta signatária drenos próximos à sua base, comumente chamados na construção civil de "businotes", a cada um metro e meio de distância aproximadamente. Após a enchente de março de 2016 a população local, com ajuda do corpo de bombeiros, abriu janelas no muro da CPTM (conforme Fotos 15 e 16) para ajudar no escoamento da água e prevenir novos alagamentos.* (p. 362/363).

Concluiu que: "*...há depósito de sedimentos e resíduos sólidos no sistema de drenagem. Esses fatores aliados ao atraso nas obras de canalização do Rio São João do Barueri/Córrego Barueri-Mirim, a morosa expansão da capacidade do sistema de drenagem urbano e a* ***manutenção ineficiente dos equipamen-***

Acesso ao Sumário

tos urbanos por parte da Prefeitura Municipal de Itapevi *criaram ambiente suscetível a alagamentos. Essas foram as principais causas do evento ocorrido em março de 2016*." (p. 376). (grifei)

Assim, em que pesem os argumentos do Município, a prova coligida demonstra que a Prefeitura conhecia os problemas de drenagem na bacia dos corpos d'água envolvidos já há décadas, mas não realizou as obras necessárias para corrigi-los.

Não se pode vislumbrar na ocorrência de fortes chuvas a força maior ou o caso fortuito, porque nada há de imprevisível.

Nesse sentido, confira-se trecho do acórdão prolatado na AC. nº 994.08.087111-1, Rel. Des. JOSÉ LUIZ GERMANO, j. 19.07.2010:

"*Responsabilidade Civil: É tranquila a jurisprudência no sentido de que é de Responsabilidade Civil do Estado, arcar com os danos, se, embora verificado por ocasião de acontecimentos naturais, forem causados por deficiência ou falha do serviço público. No caso em tela, é dever da Municipalidade responder pelos danos resultantes das enchentes ocasionadas por forte chuva, posto que, houve deficiência na execução de obras e serviços. Recurso não provido. Sentença mantida*."

O mesmo entendimento é perfilhado nas AC n. 990.10.119710-3, Rel. Des. J. M. RIBEIRO DE PAULA, j. 24.11.2010; AC nº 994.08.144150-1, Rel. Des. SIDNEY ROMANO DOS REIS, j. 22.03.2010; AC nº 309.157-5/7-00, Rel. Des. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, j. 09.03.2010; AC nº 931.394.5/9-00, Rel. Des. OLIVEIRA SANTOS, j. 31.08.2009; AC nº 861.852-5/5-00, Rel. Des. VERA ANGRISANI, j. 27.01.2009 e AC nº 341.346-5/4-00, Rel. Des. FERRAZ DE ARRUDA, j. 01.08.2007.

Portanto, a alegação da Municipalidade de força maior ou chuva anormal para o período não afasta sua responsabilidade, posto que o problema das enchentes devido ao transbordamento do córrego Barueri-Mirim é recorrente naquele Município.

Assim, a prova coligida não autoriza afirmar que tenha se caracterizado a excludente da força maior.

Saliente-se que o imóvel do autor é parcialmente regular, pois embora não possua Alvará de Construção, Habite-se ou Matrícula, possui cadastro imobiliário e tem IPTU lançado anualmente.

Mesmo que assim não fosse, como já mencionado pelo ilustre Des Marcelo Semer na apelação 1004226-38.2016.8.26.0271: "... é importante ressaltar que a moradia precária e irregular, como é o caso dos autores, não é bem uma escolha, mas sim uma falta de opção diante do déficit habitacional e da negligência do Poder Público em garantir moradia digna e acessível para toda a população, razão pela qual não podem os autores responderem exclusivamente

Acesso ao Sumário

pelo ônus de residirem em tais condições. Ademais, cabe ao Poder Público a fiscalização de áreas protegidas e impróprias para ocupação humana, seja no âmbito preventivo ou repressivo, de tal sorte que a manutenção das moradias no bairro em questão decorre também de uma inércia da própria Municipalidade. Note, inclusive, que a eventual culpa concorrente dos autores pela ocorrência do dano não é suficiente, por si só, para excluir a responsabilidade da Administração Municipal, e somente o será quando se demonstrar que, por conta dela, inexistiu comportamento estatal produtor do dano o que não é a hipótese dos autos".

Assim explica Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 32ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 1053):

"O que se vem de dizer não interfere com o problema das concausas. Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para age- ração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente da responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do quantum indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento."

No mesmo sentido, explica Sérgio Cavalieri Filho que "se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, de tal sorte que todas concorram adequada e eficientemente para o resultado, devem ser consideradas na determinação da responsabilidade ressarcitória do Estado. Em outras palavras, havendo concorrência de causas, a responsabilidade do Poder Público deverá ser atenuada ou circunscrita ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa" (*in* Programa de responsabilidade civil, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 264).

Seguindo a mesma linha, a hipótese de força maior é relevante "apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado. O que exime o Poder Público de responder é sempre a não configuração dos pressupostos. Por isso é que responde se criou situação perigosa, mesmo quando a força maior interfere atualizando o perigo potencial" (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 32ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 1053).

Acesso ao Sumário

Ademais, no caso dos autos, embora o volume de chuva tenha sido atípico e, portanto, inesperado, é certo que não foi a única causa das enchentes, conforme consta do laudo pericial, já mencionado acima. E, nas palavras do Des. Sidney Romano dos Reis, "pesquisa jurisprudencial no acervo do TJSP permite verificar a existência de ações análogas envolvendo o Município de Itapevi, observando-se que desde o ano de 2004 o Município lançava mão da mesma narrativa de força maior, o que demonstra, de uma só vez, a recorrência do problema e a falta de escopo do argumento" (AC1000255-11.2017.8.26.0271, j. em

11/10/2019).

Do que se conclui, em resumo, que restou evidenciada a responsabilidade do Poder Público Municipal pelo evento danoso relatado na inicial, em decorrência, principalmente, da insuficiência do sistema de drenagem e manejo das águas pluviais, conforme reconhecido pelo perito judicial, ficando afastadas as hipóteses de culpa exclusiva da vítima e força maior.

Este E. Tribunal já reconheceu a responsabilidade do Município por conta do mesmo evento:

> REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – Alagamento em razão de fortes chuvas que atingiram a residência do autor – Inundação – Responsabilidade da Administração identificada – Nexo de causalidade presente – Poder Público não adotou medidas para evitar ou atenuar os efeitos das chuvas – Prova pericial emprestada – Dano moral comprovado – Não comprovação do montante do dano material – Sentença de improcedência reformada – Recurso de apelação provido, em parte. (AC1004298-25.2016.8.26.0271, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. J. M. Ribeiro de Paula, j. 04/12/2019).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Inundação do imóvel dos autores em razão do transbordamento do Córrego Barueri-Mirim – Omissões do ente público Municipal em razão do aumento da impermeabilização do solo, sem que houvesse expansão do sistema de drenagem e a manutenção de equipamentos urbanos – Conformação das partes quanto à condenação por danos morais, inclusive o seu 'quantum' arbitrado – Dano material não demonstrado pelos autores, que não lograram provar a sua ocorrência – Danos potenciais ou presumidos que não podem ser arbitrados – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Procedência parcial da ação mantida – Recurso não provido. (AC 1003537-91.2016.8.26.0271, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Rebouças de Carvalho, j. 28/11/2019).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL – Alagamento de imóvel residencial – Pretensão a ressarcimento de danos provocados por enchente – Laudo pericial que indica responsabilidade do Município e ocupação do imóvel pelos autores – Responsabilidade da CTPM afastada – Danos materiais comprovados – Valor não integralmente demonstrado – Danos morais reconhecidos – Recurso parcialmente provido. (AC1006936-31.2016.8.26.0271, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 30/10/2019).
>
> Responsabilidade civil. Inundação de imóvel por transbordamento de córrego. Prejuízos moral e material. Poder Público que, ao longo do tempo, não adotou medidas para evitar ou atenuar os efeitos danosos das

Acesso ao Sumário

chuvas intensas, que tipicamente assolam a região. Nexo causal demonstrado. Responsabilidade da Administração Pública configurada. Inocorrência de excludentes de responsabilidade. Critério para fixação da indenização. Recurso provido em parte. (AC1007123-39.2016.8.26.0271, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Borelli Thomaz, j. 19/06/2019).

Assim, restou configurada a responsabilidade da Administração e seu dever de indenizar.

Em relação aos danos morais, não há dúvida de que ocorreram. O autor sofreu danos físicos e psicológicos, que lhe acarretam enorme dissabor, necessitando permanecer internado, inclusive em UTI, ante a gravidade da leptospirose contraída por meio do contato com a água contaminada.

Ensina Sérgio Cavalieri Filho que "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."

Não são indenizáveis o mero incômodo, ou desconforto, que o homem médio tem de suportar, porque vive em sociedade. No caso em apreço, todavia, foi demonstrada a ocorrência do dano moral, que não pode ser confundido com mero aborrecimento cotidiano, devendo o autor ser indenizado.

O valor de indenização fixado pelo juízo *a quo*, contudo, deve ser majorado à R$10.000,00 (dez mil reais). A finalidade desse tipo de indenização, de dano moral, na verdade não é compensar de qualquer modo o constrangimento, o sofrimento ou a dor, evidentemente não mensuráveis economicamente. Seu intuito é propiciar a satisfação contida do desagravo, por estimativa pecuniária, além de constituir estímulo à adoção de providências preventivas que evitem a repetição das ofensas físicas ou psíquicas evitáveis.

A indenização do dano moral deve ser arbitrada tendo como orientação a necessidade de estimular providências positivas e desestimular comportamentos comissivos ou omissivos potencialmente lesivos, observada a capacidade econômica do responsável e também a necessidade de apresentar alguma resposta a quem sofreu ou sofre algum transtorno psicológico, sem fazer com que isto se transforme em premiação.

O valor fixado não deve implicar punição ínfima nem exagerada para o

Acesso ao Sumário

ofensor, ou frustração ou enriquecimento exagerado, descabido, para o ofendido, ainda que isto ou aquilo possa ocorrer em alguma medida, como efeito colateral, em situações excepcionais nas quais seja condição necessária à consecução daquelas outras finalidades.

Os valores devidos a título de dano moral devem ser corrigidos desde a sentença pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e acrescidos de juros de mora, contados da mesma data (Súmula 362 STJ), sem aplicação da Súmula 54 STJ ou Súmula 255 do STF, por não se tratar de condenação ilíquida.

Os juros de mora devem ser aplicados de acordo com a regra especial do artigo 1º-F, acrescentado à Lei n. 9.494/97 pela MP n. 2.180-35, de 24.08.01 c.c. Lei n. 11.960/09. Ou seja, não se aplica a Lei n. 11.960/09 para correção monetária, à vista do decidido pelo STF na ADI n. 4357/DF.

Isto porque, com a declaração de inconstitucionalidade do § 12, do artigo 100, da Constituição Federal, ficou declarada também, por arrastamento, ou consequência lógica, a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.960/09, que deu a redação atual ao artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Como já foi dito, a inaplicabilidade da Lei n. 11.960/09 diz respeito à correção monetária, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade acima aludida se referiu à aplicação da Lei n. 11.960/09 quanto à utilização do índice de remuneração oficial da caderneta de poupança para atualização do montante devido pela Fazenda do Estado.

Correta, assim, a parcial procedência da ação, que fica mantida.

A fim de disponibilizar as vias especial e extraordinária, consideram-se pré-questionados os dispositivos constitucionais e legais invocados, aos quais não se contrariou nem se negou vigência. Desnecessária a menção numérica a artigo de lei, bastando que a matéria posta tenha sido decidida.

Ante a ausência de insurgência das partes, mantem-se os termos da sucumbência, tal como proferido, arcando o município com os honorários recursais arbitrados em 2% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do autor, não provido o recurso adesivo do Município, mantida, no mais, a sentença nos termos acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024310-21.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ANDRADE GU-

Acesso ao Sumário

TIERREZ ENGENHARIA S.A., é apelado MUNICÍPIO DE SANTOS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Gabriel Augusto de Andrade - OAB/SP nº 373.958", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.096)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO – Embargos às execuções fiscais propostas pelo Município de Santos para cobrança de ISS e multa – Enquadramento dos serviços pelo fisco no item 7.02 da lista anexa à legislação de regência – Hipótese de exceção prevista no inciso III do art. 3º da Lei Complementar nº 116/03 – Competência impositiva do Município onde se dá a efetiva prestação do serviço Serviços enquadrados no item 14.02 da lista anexa à legislação de regência – Princípio da territorialidade – O ISS é devido no local do fato gerador – A ficção jurídica que privilegia a competência do local do estabelecimento prestador não deve subsistir quando for incontroverso ou possível a identificação do local da prestação do serviço – Precedentes do STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça – Provas produzidas que demonstram a prestação dos serviços no Município de Santos – Ausência de elementos aptos para afastar as conclusões obtidas pela fiscalização municipal – Multas mantidas – Inocorrência de *bis in idem* – Legalidade dos índices de correção monetária e juros aplicados pelo Município de Santos até a EC nº 113/21 – Sentenças reformadas em parte mínima, apenas para o fim de destacar que a limitação dos consectários legais à SELIC somente é devida a partir da entrada em vigor da EC nº 113/21 – Sucumbência mínima da Municipalidade – Honorários por conta da apelante – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de dois embargos opostos por Andrade Gutierrez Engenharia S.A. em face das execuções fiscais nº **1502193-13.2019.8.26.0562** e **1502194-95.2019.8.26.0562** , ajuizadas pelo Município de Santos para cobrança, respectivamente, de **ISS (CDA 51.327/2019)** e **multa de 100% (CDA 51.331/2019)** em razão do não recolhimento do tributo, conforme notificação de lançamento nº 1.773/2013 e inscrição/lançamento nº 1932973.

Nos autos dos embargos a execução fiscal nº 1024302-44.2020.8.26.0562 (opostos em face da execução fiscal nº 1502193-13.2019.8.26.0562) a embargante alega que, embora tenha sido autuada em relação às notas fiscais nºs 95, 96, 98, 117, 118, 120, 122, 124, 126, 131, 136 e 141, nenhum débito de ISS é devido ao Município de Santos. Narra que, de acordo com a notificação de lançamento, a Municipalidade considerou que a embargante teria contratado a Liomec Comércio e Serviços Ltda. - ME ("Liomec") para execução de serviços de engenharia no Município de Santos, razão pela qual o imposto deveria ter sido retido e recolhido pela embargante aos cofres municipais. Alega, porém, que os serviços autuados não foram prestados no Município de Santos, mas sim no Terminal de Exportação de Veículos (TEV) localizado no Guarujá /SP e no Terminal de Containeres (TCI3) de Imbituba/SC. Sustenta que os fatos narrados estão suficientemente provados. Defende a ilegitimidade da exigência de correção monetária e juros de acordo com os índices adotados pela Municipalidade (IPCA + juros de 1%).

Em consequência, nos embargos à execução fiscal nº 1024310-21.2020.8.26.0562 (opostos contra a execução fiscal nº 1502194-95.2019.8.26.0562), a embargante defende que não havendo débito de ISS perante o Município de Santos, deve ser afastada a multa que recaiu sobre a exigência do imposto. Ressalta a vedação ao *bis in idem*, argumentando que já lhe havia sido imposta multa moratória no patamar de 10% à exigência de ISS, como se observa da Notificação de Lançamento 1.773/2016 e se verifica da execução fiscal nº 1502193-13.2019.8.26.0562. Defende a ilegitimidade dos índices de correção monetária e juros adotados pela Municipalidade, pois superam a Selic. Pugna pela reunião de ambos os embargos à execução fiscal.

Às fls. 375/376 dos embargos nº 1024310-21.2020.8.26.0562, o magistrado reconheceu a conexão entre as ações, considerando que somente se poderia cogitar o descabimento da cobrança de multa caso fosse reconhecida a ilegitimidade do lançamento do ISS.

Ambos os embargos foram julgados improcedentes, nos termos do artigo 487, I do CPC. Segundo o magistrado *a quo*, os serviços prestados podem ser enquadrados no item 14.06 da lista anexa à LC 116/03, e a prestação pontual de serviços em outros Municípios não altera a competência tributária do local onde

Acesso ao Sumário

se encontra o prestador. As alegações quanto a cobrança da multa em duplicidade e ilegitimidade da exigência da correção monetária e juros foram afastadas. Em razão da sucumbência, a embargante foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como em honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado de cada uma das causas.

Os embargos declaratórios opostos em ambos os feitos foram rejeitados.

Inconformada, recorre a embargante em ambos os feitos. Alega que há erro na sentença apelada quanto à classificação dos serviços indicados, tendo em vista que foram enquadrados pela Municipalidade nos itens 7.02 e 14.01 e que sequer houve discussão acerca da qualificação dos serviços tomados. Argumenta que não haveria razão para o magistrado *a quo* requalificá-los de ofício, mormente em respeito ao princípio da vedação à decisão surpresa. Defende que em relação ao item 7.02 constante das notas fiscais nºs 120, 122, 124, 126, 131, 136, 141, o imposto deve ser recolhido no local em que realizada a obra. Para tais notas fiscais, requer a procedência dos embargos à execução. Quanto às notas fiscais nºs 95, 96, 98, 117e 118, sustenta que o ISS deve ser recolhido no local em que ocorreu o fato gerador, conforme jurisprudência consolidada do STJ. Reitera que a cobrança de correção monetária pelo IPCA e juros de 1% ao mês contraria o entendimento dos tribunais superiores, cabendo limitação à Selic.

Especificamente na apelação interposta nos embargos nº 1024302-44.2020.8.26.0562, a recorrente alega que a multa inscrita na CDA nº 51.331/2019 deve ser cancelada em razão do *bis in idem*, pois a Municipalidade também lhe exige multa moratória de 10%, conforme CDA nº 51.327/2019. Alega que se somadas as multas, atinge-se o patamar de 110%.

O Município apresentou contrarrazões em ambas as ações, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Conforme narrado, a Municipalidade de Santos ajuizou duas execuções fiscais diversas para cobrança de **ISS (CDA 51.327/2019)** e **multa de 100% (CDA 51.331/2019)** em razão do não recolhimento do tributo, conforme notificação de lançamento nº 1.773/2013 e inscrição/lançamento nº 1932973.

Tal cobrança decorre das autuações em relação às notas fiscais nºs 95, 96, 98, 117, 118, 120, 122, 124, 126, 131, 136 e 141, emitidas pela prestadora de serviços "Liomec", pois segundo a Municipalidade de Santos, a embargante Andrade Gutierrez Engenharia S.A. contratou os serviços de "Liomec" e esses foram prestados em seu território. Por essa razão, a embargante, na qualidade de tomadora, deveria ter retido e recolhido o ISS aos cofres municipais. A embargante, por outro lado, alega que os serviços em referência foram prestados nos Municípios de Guarujá (SP) e Imbituba (SC) e que não há imposto ou multa devidos perante a Municipalidade de Santos.

Acesso ao Sumário

Ao sentenciar os feitos, o magistrado *a quo* considerou que os serviços prestados são enquadrados no item 14.06 da lista anexa e que não representam exceção à regra do artigo 3º da LC 116/03. Dessa forma, ausente unidade econômica no local da prestação dos serviços, o ISS deveria ter sido recolhido no Município de Santos.

Com razão a apelante quanto ao incorreto enquadramento dos serviços realizado em sentença.

Na **CDA 51.327/2019**, emitida para recolhimento do ISS, consta a exigência de ISS retido e não recolhido com **expressa menção aos itens 7.02 e 14.01, nos termos do artigo 50, §4º da lei municipal nº 3.750/71.** Além de haver previsão na CDA, a Municipalidade deixou incontroverso que: "*O imposto foi apurado na falta de retenção pela Embargante dos serviços prestados pela contratada LIOMEC, enquadrados no* ***item 7.02 e 14.01 da lista de serviços anexa à LC 116/2003***".

No mesmo sentido, a **CDA 51.331/2019** menciona expressamente os mesmos itens da lista anexa.

Desta feita, se não houve divergência entre as partes acerca dos serviços tributados, incabível proceder ao reenquadramento, cabendo a apreciação dos recursos de acordo com os itens 7.02 e 14.01.

Em relação ao item 7.02 da Lei Municipal 3.750/71, idêntico ao **item 7.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003**, ("*Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos*"), ao dispor sobre a competência impositiva para a cobrança do ISS, a Lei Complementar 116/03 preceitua que:

> Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, **exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local**:
>
> (...)
>
> III – **da execução da obra**, **no caso dos serviços descritos no subitem 7.02** e 7.19 da lista anexa; (grifei)

Resta claro, portanto, que os serviços se enquadram na exceção legalmente prevista, e em relação às notas fiscais autuadas quanto ao referido item (**notas fiscais nºs 120, 122, 124, 126, 131, 136, 141), o imposto deve ser recolhido no local em que realizada a obra**.

Ato contínuo, as demais notas fiscais (**nºs 95, 96, 98, 118**) foram autuadas em virtude do item 14.01 da lei municipal 3.750/71, idêntico **ao item 14.01,**

Acesso ao Sumário

da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/03 ("*Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS"*).

Não se desconsidera que a respeito do item 14.01 é aplicável, em tese, a disposição geral do *caput* do artigo 3º da Lei Complementar 116/03, segundo a qual o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador.

Seja sob a égide do antigo DL nº 406/68 (art. 12, a[1]), seja na vigência da atual LC nº 116/03 (art. 3º, *caput*), a regra é a mesma: o ISS é devido no local do estabelecimento do prestador do serviço. A diferença de um diploma para outro reside apenas nas hipóteses excepcionais à regra.

Contudo, nesse ponto, há de se fazer a seguinte observação.

O sentido do ordenamento jurídico, e do próprio Sistema Tributário Nacional, é que os tributos sejam devidos nos locais em que ocorram os seus fatos geradores.

No caso do ISS, portanto, no local da efetiva prestação dos serviços.

Esta é uma imposição do princípio da territorialidade tributária: que as leis tributárias tenham vigência no território do ente federativo competente para editá-las.

A territorialidade em matéria tributária encontra seu fundamento legal no art. 102 do CTN, abaixo transcrito:

> Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

Do dispositivo extrai-se que a regra é a territorialidade da legislação tributária, admitindo-se a extraterritorialidade apenas excepcionalmente.

A respeito, pontua Hugo de Brito Machado:

> Em regra, a legislação tributária vigora nos limites do território da pessoa jurídica que edita a norma. Assim é que a legislação federal vigora em todo o território nacional; a legislação dos Estados e a legislação dos Municípios, no território de cada um deles. (**Curso de Direito Tributário**, 34ª ed., rev., at. e amp. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 93).

Ademais, a territorialidade tributária é princípio geral do direito, implícito ao Pacto Federativo (arts. 1º, *caput*, e 60, § 1º, I, da Constituição Federal).

Acesso ao Sumário

1 Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço
a) o do estabelecimento prestador, ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;

A circunstância, contudo, da legislação específica do ISS fazer remissão ao local do estabelecimento, e não ao local da prestação do serviço (nela inserto apenas como hipótese excepcional), não conduz, por isso, a um conflito de normas, aparentemente insanável.

Como se depreende do próprio texto da LC nº 116/03, em seu art. 4º:

> Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador **o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços**, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas. (grifei).

O local da prestação permanece, portanto, ainda que apenas indiretamente, como o local competente para a cobrança do imposto, pois na própria definição do local do estabelecimento esta noção se imbrica.

O que ocorre, e esta é a causa para a lei referir-se diretamente ao local do estabelecimento prestador, e não ao da efetiva prestação do serviço, é que identificar este, na maior parte dos casos, é empreendimento que implica várias dificuldades fáticas, principalmente nas hipóteses de serviços complexos, cuja prestação envolve diversas fases, realizadas em mais de uma localidade.

Para solucionar essa dificuldade, a lei recorreu à ficção jurídica de, em tais casos, presumir como local da prestação o local onde estiver situado o estabelecimento prestador. De fato, basta uma análise superficial das hipóteses excepcionais dos incisos do art. 3º da LC nº 116/03, às quais a lei mantém a referência direta ao local da prestação do serviço, para notar que nelas são tratados serviços em que o local da prestação é de fácil reconhecimento (por exemplo, serviços de execução de obras [inciso III], de demolição [inciso IV], de edificações em geral [inciso V] etc.).

Esta análise encontra respaldo na jurisprudência do STJ, especialmente no REsp nº 1.060.210/SC (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, J. em 28/11/2012, DJe de 05/03/2013), submetido ao rito dos recursos repetitivos. Neste precedente, o Min. Herman Benjamin, em seu voto-vista, postulou que:

> É preciso ter claro que o legislador, tanto na vigência do DL 406/1968 quanto na da LC 116/2003, sempre reconheceu que o ISS é devido, evidentemente, no local do fato gerador.
>
> Ocorre que, como nem sempre é fácil ou mesmo possível identificar esse local sem critérios normativos objetivos, determinou-se a ficção legal de que ele (o local do fato gerador) corresponde ao do estabelecimento prestador do serviço, como regra.
>
> [...]
>
> É claro que o ideal teria sido identificar cada um dos locais em que

Acesso ao Sumário

> se dá a prestação do serviço e, com isso, abandonar completamente a ficção legal do estabelecimento prestador.
>
> Ocorre que, nos demais casos (não indicados nos incisos do art. 3º da LC 116/2003), é muito difícil, senão impossível, saber exatamente onde o serviço é efetivamente prestado.

Corroborando a tese, temos, igualmente, o escólio de José Eduardo Soares de Melo:

> Lógica a ponderação de que para os serviços em que ocorra a impossibilidade de ser determinando, com precisão, o local da sua prestação, revela-se válida a eleição do legislador, ao indicar a regra segundo a qual a competência para a cobrança do ISS seria a do Município em que o prestador está estabelecido. (**ISS - Aspectos Teóricos e Práticos**, 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 200).

Assim, o legislador optou por via que, não infringindo o princípio da territorialidade tributária, tornasse viável a cobrança do ISS incidente sobre aqueles serviços cuja prestação é de difícil delimitação espacial.

Portanto, sendo incontroverso ou possível a identificação do local da prestação do serviço, não subsiste fundamento para a manutenção da ficção jurídica que privilegia o local do estabelecimento prestador em detrimento do local da prestação para a fixação da competência para a cobrança do ISS.

No caso, portanto, em ambas as hipóteses (para os serviços enquadrados no item 7.02 ou no item 14.01), prevalece o local da prestação dos serviços, pois possível a identificação.

Nesse ponto, ao contrário do que sustenta a apelante, o Município de Santos tem legitimidade para lhe exigir o ISS.

Embora as notas fiscais nºs 95, 96, 98, 117 e 118 indiquem que os serviços foram prestados no Guarujá (SP) e as notas fiscais nºs 120, 122, 124, 126, 131, 136, 141 mencionem que houve prestação dos serviços tanto no Guarujá (SP) quanto em Imbituba (SC), os documentos fazem menção ao Contrato de Prestação de Serviços - BTP 0026/10-C (fls. 188/206 dos autos nº 1024302-44.2020.8.26.0562).

Acesso ao Sumário

Segundo esse Contrato, principal documento que fundamenta a contratação de serviços, a Andrade Gutierrez contratou a "Liomel" para prestar serviços em Santos (Bairro da Alemoa). Veja-se:

> 1 – OBJETO
>
> O presente instrumento tem como objeto a contratação da CONTRATADA para a execução de Serviço de Caldeiraria e Montagem Industrial voltados à serviços de soldas, emendas, fabricação e montagem de estruturas metálicas diversas para as obras de construção do Terminal de Containeres e Líquidos ("Obra BTP – Brasil Terminal Portuário"), no

Bairro Alemoa, em Santos/SP.

[...]

1.2.1 Os serviços serão executados nas dependências da CONTRATANTE.

O contrato foi examinado pela Municipalidade de Santos no processo administrativo fiscalizatório justamente porque mencionado nas notas fiscais. Também por essa razão é que o recurso do contribuinte foi indeferido: "*ressalta-se também que o impugnante não apresentou outros documentos (além da nota fiscal) que comprovassem que a prestação e o recolhimento do ISS foram para o Guarujá e Imbituba*" (fls. 228 dos autos nº 1024310-21.2020.8.26.0562).

A respeito do contrato, a apelante limita-se a afirmar que "*inicialmente contratou a "Liomec" para prestar serviços no Terminal Portuário de Líquidos e Containeres, de responsabilidade da Brasil Terminal Portuário (Contrato BTP 0026/10), o qual está situado em Santos*" e que como executou obras para a Santos Brasil, que é responsável pelo Terminal de Veículos - TEV (Guarujá) e Terminal de Conteineres e Cargas - TCG (Imbituba) contratou a "Liomec" para executar serviços extraordinários de reparos necessários em tais obras. Ocorre que tais alegações não justificam a referência ao contrato BTP 0026/10 nas notas fiscais, pois tal contrato não faz qualquer menção aos serviços prestados no Guarujá e em Imbituba.

Os demais documentos juntados – Boletins de Serviços, Planilhas de Preços de Obras Executadas, e e-mails – não são suficientes para comprovar a prestação de serviços fora de Santos, tampouco para afastar as conclusões da Municipalidade em ação fiscal. Como exemplo, o e-mail colacionado às fls. 7 da inicial dos embargos nº 1024302-44.2020.8.26.0562 que trata sobre a indicação da "Liomec" para realizar reparos na obra em Imbituba, não menciona o contrato BTP 0026/10 ou a elaboração de anexo a esse contrato. Há menção de elaboração de um novo contrato, caso não seja possível a inclusão dos serviços nos contratos existentes. É certo que tal contratação não consta do contrato BTP 0026/10.

Ainda que se considerasse que os serviços enquadrados no item 14.01 da Lista de serviços anexa à LC 116/03, por não estarem previstos em nenhuma das exceções contidas nos incisos I ao XXV do art. 3º, subsumem-se à regra geral supramencionada, qual seja, de que o imposto será devido no local do estabelecimento do prestador, o Município competente também seria Santos, onde localizada a prestadora "Liomec".

Portanto, tendo em vista que é devido o recolhimento de ISS ao Município de Santos, subsiste a multa aplicada em razão do não recolhimento de ISS.

Em relação às multas, não se verifica a ocorrência de *bis in idem* porque as exigências têm fundamentos distintos. A multa prevista na CDA 51. 327/2019

Acesso ao Sumário

tem previsão no artigo 216 da Lei 3750/71 que trata da multa moratória e de outros encargos. Por sua vez, a multa de 100% do valor do tributo prevista na CDA 51.331/ 2019, tem fundamento no artigo 81, inciso IV, da Lei nº 3.750/71 e tem caráter punitivo em razão de ter havido a retenção do imposto, sem repasse aos cofres municipais.

Consoante já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, não configura efeito confiscatório a multa punitiva fixada em até 100% do valor do tributo. Por outro lado, as multas moratórias devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Veja-se o seguinte precedente:

> DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA PUNITIVA DE 120% REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DA CORTE. 1. **A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria**. 2. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. (A G. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 938.538 ESPÍRITO SANTO, RELATOR MIN. ROBERTO BARROSO, julgado em 30/09/2016, Primeira Turma). (g.n)

Por fim, em relação aos índices de correção monetária e juros de mora, este Relator tem adotado a regularidade dos parâmetros aplicados pelo Município de Santos até a data de entrada em vigor do art. 3º da Emenda Constitucional nº 113, momento a partir do qual a taxa SELIC deve ser adotada como único índice de juros e correção monetária. Veja-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução Fiscal. Município de Santos. Pretensão à reforma de decisão que acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade para determinar a aplicação da taxa SELIC, para os juros e correção monetária do débito exequendo, a partir de 09 de dezembro de 2021. Inconformidade. A correção monetária baseada em IPCA é calculada com base em índice nacional e deve ser aplicada até a data de entrada em vigor do art. 3º da Emenda Constitucional nº 113. RE 870.947 do STF. Tema 810. Impossibilidade de suspensão do feito, por não haver determinação expressa. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo

Acesso ao Sumário

de instrumento nº 2189294-71.2022.8.26.0000, Rel. Des. Henrique Harris Júnior, j. em 29/11/2022).

Desta feita, as sentenças recorridas merecem reforma parcial para o fim de destacar que a limitação dos consectários legais à SELIC somente é devida a partir da entrada em vigor da EC nº113/21, permanecendo a utilização dos índices constantes da legislação municipal para a atualização do período anterior.

Tendo em vista que a Municipalidade sucumbiu em menor parte dos pedidos, a apelante deverá arcar com os honorários advocatícios previstos em sentença, nos termos do artigo 86, parágrafo único, do CPC.

No caso, descabe majorar os honorários advocatícios justamente porque não houve arbitramento em primeira instância. Conforme entendimento do C. STJ (Jurisprudência em Teses Edição nº 129) acerca dos honorários recursais: "*A majoração da verba honorária sucumbencial recursal, prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015, pressupõe a existência cumulativa dos seguintes requisitos: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.03.2016, data de entrada em vigor do novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou não provido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso*". (g.n)

Para fins de acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes, ressalvando-se que o V. acórdão não está obrigado a rebater todos os argumentos por eles suscitados, nem a discorrer sobre os dispositivos de lei invocados, se encontrou razões suficientes para fundamentar a decisão.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO aos recursos**, apenas para o fim de destacar que a limitação dos consectários legais à SELIC somente é devida a partir da entrada em vigor da EC nº 113/21, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 9102528-18.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelado ANTONIO DOMINGOS GALIANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "em sede de retratação, deram por superada a deserção e, no mérito, negaram provimento ao recurso do INSS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 42.510)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ FELIPE NOGUEIRA (Presidente sem voto), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2023.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – EXECUÇÃO – IMPEDIMENTO À CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE COM APOSENTADORIA – TEMA NÃO SUSCITADO NA FASE DE CONHECIMENTO NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO – ARGUIÇÃO EXTEMPORÂNEA EM SEDE DA EXECUÇÃO – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS À EXECUÇÃO REJEITADOS.

"Se na fase de conhecimento da ação acidentária o INSS nada arguiu acerca do eventual impedimento da cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria que já era mantida, o que resultou na formação do título judicial sem nenhuma ressalva a respeito, descabe a discussão do tema em sede da execução".

Deserção reconsiderada em sede de retratação. No mérito, apelação do INSS desprovida.

VOTO

O INSS opôs os presentes embargos à execução acidentária que lhe é movida por Antônio Domingos Galiano alegando, em síntese, que a conta apresentada, no valor de R$73.574,93 para abril de 2005 (fls. 345/346 dos autos em apenso) não pode prevalecer porque o auxílio-acidente não pode ser pago conjuntamente com a aposentadoria que já vem sendo paga. Insurge-se, ainda, contra a adoção do Recurso de Revista nº 9.859/74 como critério de elaboração do cálculo.

O exequente/embargado ofertou impugnação sustentando a sua conta (fls. 29/32).

A Contadoria Judicial elaborou cálculos comparativos (fls. 53/54 e 61/62).

Sobreveio a r. sentença que, acolhendo em parte os embargos, ordenou o prosseguimento da execução pelo importe de R$27.611,07 apurado pela Contadoria Judicial (fls. 68/73).

Acesso ao Sumário

Inconformado, apela o INSS pugnando pela reforma do julgado. Insiste na tese de que o auxílio-acidente não pode ser cumulado com aposentadoria (fls. 77/79).

Vieram as contrarrazões (fls. 83/85).

Em Sessão realizada no dia 15/12/2009 o Acórdão aqui prolatado não conheceu da apelação do INSS ante a deserção decorrente do não recolhimento do porte de remessa e retorno previsto pela Lei de custas (fls. 97/100).

Seguiu-se a interposição de recursos extraordinário e especial pelo INSS questionando, evidentemente, a deserção declarada (fls. 126/141).

Comunicado o óbito do exequente Antônio Domingos Galiano, habilitou-se no feito a viúva Maria de Souza Gonçalves (fls. 178/232).

Ordenou a E. Presidência da Seção de Direito Público, considerando a posição do Superior Tribunal de Justiça externada em sede do Tema 1.001, o retorno dos autos à Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção do Acórdão com base nas disposições dos artigos 108, IV, 109, *caput*, do Regimento Interno desta Corte, e 1.040, II, do Código de Processo Civil (fl. 233).

É a síntese do necessário.

Passo ao reexame.

No caso em apreço o Acórdão lançado não conheceu da apelação do INSS porque não recolhido o porte de remessa e retorno previsto na Lei de Custas.

Daí o retorno dos autos à Turma Julgadora para, em atenção aos recursos extraordinário e especial interpostos pelo INSS, eventual readequação do Julgado.

Em reanálise do ponto em sede de retratação, a meu juízo a hipótese é de modificação do Acórdão na medida em que já consolidado entendimento, tanto do Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.001, quanto do Supremo Tribunal Federal no Tema 135, no sentido de estar o INSS dispensado do recolhimento prévio das despesas com porte de remessa e retorno.

Logo, superada a deserção, passo ao exame do mérito da apelação.

Ao que se infere, na ação proposta por Antônio Domingos Galiano, já falecido, foi-lhe concedido o benefício de auxílio-acidente com início, ao que consta, a partir de 28/09/1999.

Ofertado o cálculo de liquidação apontando o montante devido correspondente às parcelas do benefício apuradas até abril de 2005, seguiu-se a oposição de embargos à execução pelo INSS questionando a cumulação do benefício acidentário com a aposentadoria por invalidez que desde março de 2004 era mantida (ver autos em apenso e inicial dos embargos).

Rejeitada pela r. sentença a arguição, insiste o INSS na pretensão.

Acesso ao Sumário

Posicionado assim brevemente o ponto controvertido, a meu ver não procede o inconformismo.

Vê-se dos autos ter a ação acidentária sido proposta em fevereiro de 1995, sobrevindo a r. sentença de procedência em agosto de 2000, ratificada nesta Instância por Acórdão prolatado em julho de 2003, com trânsito em julgado em agosto de 2004 (basta conferir nos autos em apenso).

Tem-se assim que em nenhum momento na fase de conhecimento trouxe o INSS aos autos informação e/ou arguição acerca da aposentadoria que já pagava ao então segurado desde março de 2004, de sorte que o título judicial se consolidou em agosto de 2004 (trânsito em julgado) sem nenhuma ressalva a respeito.

Logo, se não houve nenhuma prévia determinação acerca de impedimento do pagamento concomitante de auxílio-acidente com a aposentadoria já mantida, por ocasião da execução do título não me parece razoável trazer à baila a apreciação do tema, uma vez que na fase de execução do título, já formado evidentemente, o que se objetiva é a simples concretização da prestação jurisdicional definida, não se cogitando de análise de assuntos outros por ele (título judicial) não aventados, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica.

Por consequência, o caso é de se negar provimento à apelação do INSS, devendo, com baixa dos autos à Origem, prosseguir a execução com a expedição do precatório com base no montante de R$27.611,07 válido para abril de 2005, conforme cálculo da Contadoria Judicial juntada nas fls. 61/62.

Ante o exposto, em sede de retratação dou por superada a controvérsia acerca da deserção para no exame do mérito da apelação do INSS negar-lhe provimento. Oportunamente, devolvam-se os autos à Presidência da Seção de Direito de Público (último § do despacho na fl. 233).

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1030073-75.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GUSTAVO HENRIQUE GUIMARÃES, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.522)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2023.
RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de segurança – Policial militar – Pedido de remoção por união de cônjuges – Alteração da situação fática no curso da ação que salvaguarda a pretensão do impetrante – Reconhecimento de direito líquido e certo, ainda que adquirido posteriormente à impetração do *mandamus* – Excepcional superveniência de interesse processual – Possibilidade, diante do conjunto de regras que regem o atual ordenamento jurídico-processual – Comprovação de atendimento do lapso temporal e existência de vagas na Comarca pretendida – Preenchidos os requisitos constantes dos artigos 130 da Constituição Estadual e 234 da Lei n.º 10.261/68 – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em mandado de segurança visando a remoção do impetrante, Policial Militar do Estado de São Paulo, em virtude de união de cônjuges, tendo a ordem sido **denegada** pela r. sentença de fls. 83/84, integrada às fls. 99/100.

Apela o impetrante (fls. 108/115) alegando não mais estar em estágio probatório, visto que passou para Soldado de 1ª Classe a contar de 04.12.2021. Argumenta que artigo 130 da Constituição Estadual prevê que o servidor público tem direito de remoção para o lugar de residência do cônjuge, da mesma forma que o artigo 13, inciso III, das Instruções para Movimentação de Policiais Militares. Aduz preencher todos os requisitos para a remoção, vez que sua esposa é servidora pública e há vaga no local de destino.

O recurso recebeu resposta (fls.122/126).

Há oposição ao julgamento virtual (fls.133).

É o relatório.

O impetrante, Policial Militar, requereu sua transferência para o 5º Batalhão da Polícia Militar do Interior, cidade onde reside e trabalha sua esposa, servidora pública municipal de Taubaté.

A r. sentença denegou a segurança, sob fundamento de o impetrante não ter completado o período de estágio probatório para sua remoção.

Conquanto o impetrante não ostentasse interesse processual e, conse-

Acesso ao Sumário

quentemente, direito líquido e certo por ocasião da presente impetração, porquanto à época não havia completado o período de estágio probatório para pleitear a remoção, fato é que, no decorrer da ação, o lapso temporal foi preenchido, conforme se verifica do documento de fls. 80, o qual demonstra que o apelante foi empossado em 05.12.2018, tendo direito à solicitação de remoção a partir de 05.12.2021.

Dessa forma, o requisito de tempo de exercício foi atendido.

Não se olvida a respeito de que o autor tenha de ostentar todas as condições da ação para que possa postular em Juízo, notadamente quando se tratar de ação mandamental, em que o direito líquido e certo deve estar comprovado de plano. Essa é a regra geral adotada tanto pelo Código de Processo Civil de 1973 quanto pelo atual, de 2015, segundo a qual a existência do direito de ação independe da existência do direito material, de modo que a ausência de uma das condições da ação enseja o reconhecimento da carência da ação e, consequentemente, sentença terminativa (artigo 485, inciso VI), isto é, sem a formação de coisa julgada material.

Contudo, diante da alteração da situação do impetrante no curso da ação, não se vislumbra óbice a que se reconheça uma excepcional **aquisição superveniente do interesse processual**, pois, se é possível haver perda superveniente deste, de igual modo há de se resguardar a possibilidade de sua aquisição a posteriori se acaso não tiver sido reconhecida a carência processual no momento oportuno, isto é, antes do advento do fato que porventura alterar a situação relacionada ao interesse do autor. Este é o caso dos autos.

Ora, não se afigura producente, diante do conjunto de regras que regem o atual ordenamento jurídico-processual, reconhecer a carência da ação em virtude da ausência de interesse processual do apelante por ocasião da propositura da ação, mesmo diante da superveniente alteração de sua condição. Trata-se, à evidência, de reconhecer o direito à tutela adequada e efetiva por meio da inafastabilidade da jurisdição (artigos 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal e 3.º, *caput*, do Código de Processo Civil), consoante bem observam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, em seu "Novo Código de Processo Civil Comentado"[1]:

> *"**Direito à tutela adequada.** A tutela jurisdicional tem de ser adequada para tutela dos direitos. O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para a partir daí se estruturar um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo. A igualdade*

Acesso ao Sumário

1 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, nota 2 ao art. 3.º

material entre as pessoas e entre as situações substanciais carentes de tutela por elas titularizadas só pode ser alcançada na medida em que se possibilite tutela jurisdicional diferenciada aos direitos. O processo tem de ser adequado à finalidade que pretende a alcançar, o que significa que é inafastável do campo da tutela jurisdicional a relação entre meio e fim, capaz de outorgar unidade teleológica à tutela jurisdicional dos direitos".

O artigo 130 da Constituição do Estado de São Paulo estabelece:

Art. 130. Ao servidor será assegurado o direito de remoção para igual cargo ou função, no lugar de residência do cônjuge, se este também for servidor e houver vaga, nos termos da lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também ao servidor cônjuge de titular de mandato eletivo estadual ou municipal. (grifo nosso)

O artigo 234 da Lei n.º 10.261/68, por seu turno, prevê:

Art. 234. Ao funcionário é assegurado o direito de remoção para igual cargo no local de residência do cônjuge, se este também for funcionário e houver vaga.

O documento de fls. 14 comprova que o impetrante é casado com Karla Rafaella dos Santos Maciel, professora de educação infantil, com residência na cidade para onde pretende ser transferido.

O documento de fls. 04, por sua vez, demonstra a existência de 129 vagas em aberto.

Destarte, tendo ultrapassado o lapso temporal exigido para solicitação em apreço, e existindo vaga na Comarca de destino, a concessão da ordem á medida de rigor.

Com efeito, duas são as condições expostas no texto constitucional. A primeira, é que o cônjuge seja servidor e, a segunda, é a existência de vagas. Preenchidos os requisitos legais pelo interessado, não compete ao Administrador, que não possui poder legiferante, fazer a distinção em apreço.

Assim, tendo o impetrante comprovado a existência de vagas e preenchendo o lapso temporal exigido, a concessão da ordem é de rigor, não havendo como não reconhecer amparo ao seu direito líquido e certo, colhendo provimento o recurso.

Nesse sentido, decidiu esta C. Câmara:

SERVIDORA PÚBLICA. REMOÇÃO. União de cônjuges. Possibilidade. Artigo 130 da CE. Artigo 234 e 235 da CE. Existência de vaga na lotação de destino. Proteção à união familiar que prevalece em detrimento da conveniência da Administração. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Casa. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1006098-46.2019.8.26.0445; Relatora: Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/10/2013; Data de Registro: 31/03/2020).

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Mandado de Segurança. Pleito de remoção, por união de cônjuges, para penitenciária localizada na cidade em que trabalha e reside a esposa do impetrante. Possibilidade. Informação da autoridade impetrada de déficit de funcionários na unidade em que o impetrante pretende ser removido. A simples negativa fundada em prejuízo ao serviço público não acarreta em descontinuidade de sua prestação, como na espécie, mormente pelo déficit também no local pretendido. Prevalência do princípio constitucional da preservação da família sobre a discricionariedade da Administração Pública. Direito líquido e certo configurado. Precedentes. Sentença alterada. Recurso provido.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1038614-10.2014.8.26.0053; Relator: Claudio

Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/06/2018; Data de Registro: 20/06/2018).

Custas na forma da lei, não sendo a hipótese de honorários advocatícios.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

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

Apelações/Remessas Necessárias

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1001080-40.2020.8.26.0629, da Comarca de Tietê, em que é apelante MUNICIPIO DE TIETÊ e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado TIETEENSE AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 17 de janeiro de 2023.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Contrato administrativo – Prestação de serviço de transporte municipal – Gratuidade de transporte para idosos – Lei superveniente que reduziu a faixa etária de 65 anos para 60 anos – Disposição legal que previu a dotação orçamentária para compensação dos valores – Comprovação dos serviços prestados – Perito técnico contábil concluiu pela redução do resultado operacional líquido (lucro) do período – Condenação ao pagamento dos valores apontados em laudo pericial – Inteligência do art. 57 da Lei 8.666/93 – Recurso e reexame necessário desprovidos

VOTO

Apelação cível manejada pelo **Município de Tietê** nos autos de processo pelo rito ordinário ajuizado por **Tieteense Agência de Viagens e Turismo Ltda**., os quais tramitaram na 2ª Vara da Comarca de Tietê, cujos pedidos foram julgados **procedentes**, para condenar a requerida ao pagamento do importe de **R$1.068.592,50** a título de danos materiais. Sucumbente, a Municipalidade arcará com o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Vindica a Municipalidade a desconstituição da r. sentença, sustentando, em síntese, que a versão apontada pela Concessionária, e, apurada em perícia técnica demonstrou a estabilidade da receita líquida desde 2014, com exceção do ano de 2020, atípico por força da pandemia, demonstrando, por conseguinte, a inexistência do alegado desequilíbrio financeiro e a necessidade de indenização por conta do reajuste. Subsidiariamente postula a adoção dos índices fixados pelo E. STF no julgamento do RE 870.94, Tema 810 para juros e correção monetária.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado (fls. 2754/2762).

Tal, em abreviado, o relatório.

Dessume-se dos autos que a Concessionária foi contratada para serviço de transporte coletivo de passageiros por meio de ônibus, precedida de modalidade licitatória de Concorrência Pública nº 05/2005. O contrato de concessão firmado em **01/04/2006**, pelo prazo de 10 anos, prorrogado por igual período,

Acesso ao Sumário

estipulava que as gratuidades eram obrigatoriedade da contratada, inclusive a gratuidade no transporte das pessoas maiores de 65 (sessenta e cinco) anos.

Durante o período de vigência do contrato administrativo, superveniente a edição da **Lei Municipal nº 2.758/2004**, a qual alterou a faixa etária das entradas gratuitas, reduzindo-a, conferindo aos idosos com mais de 60 (sessenta) anos, estabeleceu ainda, acerca do custeio, as despesas decorrentes iriam ser ressarcidas por dotação orçamentária própria.

Em que pese aos fundamentos do recorrente, **o recurso não comporta provimento**.

É cediço que a contratação feita pelo Poder Público deve ser precedida de licitação, assim como estar em observância à legislação de regência.

Na situação dos autos, a Lei Municipal nº previu o reajuste dos valores, por meio de dotação orçamentária, da seguinte maneira:

> **Art. 5º As despesas com a execução desta lei correrão por conta de verbas próprias do orçamento vigente.**

Entrementes, não se pode olvidar o dever da Municipalidade de ressarcir o contratado pelos serviços prestados consoante previsto no art. 57 da Lei 8.666/93:

> **Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:**
>
> § 1º **Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:**
>
> **I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;**
>
> **II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;**
>
> **III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;**
>
> **IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;**
>
> **V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.**

Acesso ao Sumário

Aprofunda a temática o encomiado jurista **MARÇAL JUSTEN FILHO**: *in litteris*

> ***"A mesmo resultado atinge-se por outra via, relacionada com a vedação ao enriquecimento sem causa (Código Civil, arts. 884 a 886). Se não fosse prestado ao particular o montante correspondente ao que lhe fora originalmente assegurado, ter-se-ia de reconhecer um enriquecimento correspondente e sem causa em prol do Estado.***
>
> ***Ao se vedar o confisco de bens por parte do Estado, torna-se juridicamente descabida a possibilidade de apropriação de bens e direitos privados sem uma contrapartida.***
>
> ***A eventual invalidade do ato jurídico que conduziu o particular a realizar prestação em benefício do Estado não legitima o enriquecimento sem causa. Caberá a restituição do equivalente ao que o particular executou em prol do Estado. Se tal se verificar como impossível, a solução será a indenização pelo correspondente.***
>
> ***Bem por isso, a solução já fora consagrada no âmbito do Direito francês, no qual se admite que a teoria do enriquecimento sem causa 'permite assegurar indenizações, que a equidade recomenda, nos casos especialmente em que as obras foram executadas ou as prestações fornecidas com base em um contrato que, finalmente, não foi concluído, que foi entranhado de nulidade, que atingiu a termo ou em que nenhum instrumento foi preparado ou ainda à margem de um contrato'.***
>
> ***(...)***
>
> ***Mas existe solução específica no Direito brasileiro para o caso de contratações defeituosas. O legislador brasileiro efetivou opção clara pelas soluções compatíveis com um Estado Democrático de Direito. Além de todas as determinações atinentes à responsabilização civil do Estado, consagrou-se a disciplina específica do parágrafo único do art. 59 para a contratação administrativa inválida. Daí se segue que a invalidação, por nulidade absoluta, de qualquer ajuste de vontades entre a Administração e particular gerará efeitos retroativos, mas isso não significará o puro e simples desfazimento de atos. Será imperioso produzir a compensação patrimonial para o particular, sendo-lhe garantido o direito de haver tudo aquilo que pelo ajuste lhe fora assegurado e, ainda mais, a indenização por todos os prejuízos que houver sofrido".*** (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010. p.745/746).

Dessa forma, resta claro que, em atenção à vedação do enriquecimento sem causa, reconhece-se o dever da Administração de ressarcir a contratada o montante referente aos serviços prestados.

No caso em tela, restou incontroversa a efetiva prestação dos serviços de transporte entre os meses de julho de 2015 a maio de 2020, bem como, o apon-

Acesso ao Sumário

tado desequilíbrio econômico-financeiro. Demonstrado o aumento de custos e despesas, bem como a redução do resultado operacional líquido (lucro) da empresa no período (fls. 2364).

Constata o *expert* mensurando o valor de **R$1.068.592,50**, correspondente aos 343.915 acessos dos passageiros idosos entre 60 a 64 anos no período de 07/2015 a 05/2020, concluindo, por derradeiro:

> **"Com estas conclusões técnicas e resumo dos valores, o auxiliar pretende resumir entendimento de tudo que foi solicitado em termos de prova pericial contábil. Tendo explicitado a metodologia aplicada para investigar e conhecer os fatos financeiros, econômicos da empresa Requerente. Elaborou o Anexo I Demonstrativo da Quantidade de Acessos no Período de Julho/2015 a Maio/2020, com a qual revelou todos os acessos dos passageiros idosos entre 60 a 64 anos no período de 07/2015 a 05/2020 mensurando a quantidade de acessos de 343.915 (trezentos e quarenta e três mil novecentos e quinze), que multiplicado pelas tarifas vigentes nas datas somam a importância de R$ 1.067.592,50 (um milhão e sessenta e sete mil quinhentos e noventa e dois reais e cinquenta centavos).**
>
> **A partir das demonstrações contábeis foi possível verificar que sua receita líquida após ano de 2014 (anterior ao pedido) se mostrou estável, porém neste período houve crescimento dos custos e despesas e diminuição do seu resultado liquido operacional (lucro), (fls. 2368).**

Desta forma, restou plenamente comprovada a necessidade do reajuste perseguido, devendo a sentença ser integralmente mantida.

O fato de o Poder Público ter alterado a faixa etária, não interrompeu a continuidade dos serviços para os passageiros idosos, de modo que não possui o condão de transferir à empresa todo o ônus pelo transporte gratuito aos beneficiários.

Reitera-se a continuidade ininterrupta dos serviços, de incomensurável essencialidade, a ser prestados por meses, sem que a Municipalidade sinalizasse acerca da dotação orçamentária.

Acesso ao Sumário

Nessa perspectiva, a Administração Pública Municipal preferiu manter-se inerte durante meses, deixando, conscientemente, que o serviço continuasse a ser prestado.

Se a Municipalidade entendia que a Concessionária deveria ter arcado com as despesas diante da alteração legislativa, deveria ter tomado as providências na ocasião do aditamento contratual.

Ante o exposto, a sentença deve ser mantida, reconhecendo-se o dever da Municipalidade de indenizar a empresa requerente em valor correspondente aos serviços comprovadamente prestados, de acordo com a prova dos autos.

Destarte, **a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 113/2021** (09.12.2021), se o caso, deverá haver a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), que inclui juros de mora e correção monetária, conforme dispositivo supra, sem prejuízo à aplicação dos índices dos **Temas 810** do **E. STF** e **905** do **A. STJ** no período anterior.

Como consectário lógico do julgamento, diante da sucumbência da Municipalidade, majora-se a condenação em honorários advocatícios, acrescidos de 2% (*dois por cento*) a título de honorários recursais, nos termos do **art. 85, §11º** do **CPC/15.**

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **nega-se provimento** ao apelo e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1003694-39.2017.8.26.0462, da Comarca de Poá, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante MUNICÍPIO DE POÁ, é apelada ELISANGELA DE PAULA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.944)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2023.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DESVIO DE FUNÇÃO. POÁ. Agente administrativo nas funções de nutricionista. Prescrição, inocorrência. Há desvio de função quando o servidor é designado para o exercício de outro cargo ou função, ou quando a função original e a função exercida se diferenciam substancialmente. No caso, há prova documental e

testemunhal do exercício de outro cargo. Não obstante, o desvio não implica em enquadramento em outro cargo, pois vedado pela Constituição Federal, mas apenas na indenização pela mais valia do serviço exercido. Em sendo assim, a diferença é devida tão somente nos períodos em que exercida a outra função, mas não implica na diferença do vencimento de um e outro, mas sem que sobre ela incidam as vantagens funcionais que continuam a ser pagas sobre o vencimento do cargo de que o servidor é titular. Recursos conhecidos e parcialmente providos.

VOTO

I- Trata-se de ação movida por **ELISANGELA DE PAULA SILVA** em face da **PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE POÁ** alegando, em síntese, que é servidora municipal, titular do cargo de agente administrativo, desde 03/06/2002. Salienta que, em março de 2013, foi designada verbalmente para exercer as funções de nutricionista, no hospital municipal de Poá, permanecendo até outubro de 2016. Afirma que houve desvio de função e, por isso, requer a condenação da requerida ao pagamento da diferença salarial, bem como indenização por danos morais.

A r. sentença de fls. 1235/1238 julgou procedente em parte o pedido para condenar a requerida ao pagamento, em favor da parte autora, da diferença remuneratória entre os cargos de agente administrativo e nutricionista, com reflexos nas férias, adicional de férias, gratificação natalina, descanso semanal remunerado, horas extras, adicional noturno e demais verbas de natureza eventual ou permanente, relativos ao período de março de 2013 a outubro de 2016. Honorários advocatícios em 10% do valor total da condenação (sendo metade aos patronos de cada parte) caso este fique em até 200 (duzentos) salários-mínimos; sobre o que exceder a esse patamar e até 2 mil salários-mínimos, fixando os honorários em 8% (oito por cento) - exclusivamente sobre a faixa de valores situada dentro destas margens.

Acesso ao Sumário

O município recorre pretendendo a reforma da r. sentença, alegando que, o processo administrativo não suspende a prescrição que deve ser reconhecida entre o período de Março/2013 a Outubro/2016. No mérito, que a agente administrativa não ocupou a função de nutricionista. Subsidiariamente, pede que seja considerado o vencimento básico inicial próprio do cargo de Nutricionista – R$ 4.214,92 (Quatro mil, duzentos e quatorze reais e noventa e dois centavos), nos termos da Tabela V, da Lei Municipal nº 3.719/2014 (Anexo 01) – desconsiderados quaisquer requisitos de ordem subjetiva como tempo de serviço público

(fls. 1249/1257).

Apresentação de resposta- fls. 412/422. Processo distribuído livremente (fls. 426). Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

II- Bem examinados os autos, a autora é servidora municipal desde 03/06/2002, sendo admitida no cargo de agente administrativo, mas desde que se formou no curso de Nutrição, passou a exercer de fato as atribuições atinentes ao cargo de nutricionista no Hospital Municipal, alegando que a situação de desvio perdurou de março de 2013 até outubro/2016.

Primeiro, a prescrição do fundo de direito arguida deve ser afastada, já que o pedido pertinente à diferença salarial e seus reflexos, decorrente de desvio de função, apresentam repercussão futura, de modo que, no caso concreto, há de incidir a prescrição quinquenal em relação às parcelas mensais, tendo plena aplicabilidade, *in casu*, a redação da Súmula 85 do STJ: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda Publica figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação. Este é, inclusive, uma antiga orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal: Fundo de direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial etc. A pretensão ao fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da violação dele, pelo seu não conhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito ao "quantum", renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido o pagamento), e, por isso, se restringe às pretensões vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do art. 3º do Decreto n. º 20.910/32 que reza: Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente Decreto" (RE n. 110.419, sessão plenária de 08.03.89, Rel. Min. Moreira Alves).

Acrescente-se, ainda, que o Decreto n.º 20.910/32 é a legislação que regula a prescrição quinquenal das dívidas públicas e de qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, razão pela qual se afasta a incidência do disposto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, por ser aquela norma especial que se refere diretamente à Fazenda Pública.

Nesse sentido, não há como reconhecer que as diferenças devidas a autora no período de março de 2013 a outubro de 2016 foram alcançadas pela prescri-

Acesso ao Sumário

ção quinquenal, haja vista que a ação foi ajuizada em 18/08/2017.

No mérito, sabe-se que há desvio de função quando o servidor é designado para o exercício de outro cargo ou função ou quando a função original (fls. 58/59) e a função exercida se diferenciam substancialmente.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, o servidor desviado de suas funções não pode ser reenquadrado, pois a medida ofenderia o art. 37, II da Constituição Federal, mas faz jus ao recebimento das diferenças remuneratórias entre os vencimentos do cargo efetivo e os daquele exercido de fato, como indenização, sob a pena de enriquecimento sem causa do Estado (AgR no AI nº 623.620-MG, STF, 2ª Turma, 13-3-2007, Rel. Eros Grau, v.u.; AgR no RE nº 486.184-SP, STF, 1ª Turma, 12-12-2006, Rel. Ricardo Lewandowski, v.u.).

No caso, ficou demonstrado a autora foi alocada, pela administração pública, para o exercício do cargo de nutricionista, cujas funções e remuneração são diversas de seu cargo efetivo (agente administrativo), o que configura desvio de função.

Colhe-se dos autos que era responsável pelo atendimento e acompanhamento de pacientes, atendimento ao público (fls. 170-176 e 177-186); responsável durante o plantão pela administração da cozinha, atendimento aos leitos, formalização e assinatura de relatórios de passagens de plantões com todas as intercorrências (fls.161); recebimento de ordens destinadas as nutricionistas do setor, comunicação com os superiores e administradores do hospital em nome do setor (fls. 164, 165, 167 e 169); assumindo, inclusive, como responsável técnica do setor de nutrição – fls. 188.

De acordo com o documento de fls. 505, a responsável técnica pelo SND afirmou que a Autora passou a exercer funções de nutricionista ainda quando Eliana Y.Shishiba era responsável técnica no setor. Ainda, confirmou que a designação de utilização foi por meio dos superiores, confirmando que houve afastamento e como o setor não poderia ficar sem responsável técnico, a Autora foi nomeada.

Outrossim, há informação nas fls. 514 da designação da Autora no cargo de nutricionista que se deu entre os superiores do setor e da administração, não tendo a peticionante participado das tratativas, e ainda ter assumido que desempenhou as funções de nutricionista de março/2013 a outubro/2016.

Na audiência de instrução segundo o relato da testemunha Maria Nercilia Duarte constou que:

> "(...) trabalhavam juntas, trabalhava na recepção do Hospital, que começou um tempo trabalhar com o pessoal da nutrição e ao ser questionada se era em papel burocrático no setor, afirmou que a Autora atendia pacientes de consultas agendadas. Na época precisavam de nutricionista e como a Autoria havia realizado anteriormente estágio no setor, colo-

Acesso ao Sumário

> caram para ocupar cargo de nutricionista, fazendo todas as funções de uma nutricionista por ter conhecimento da rotina.
>
> Não soube dizer quanto tempo durou, mas que começou em uma gestão e avançou em outra gestão.
>
> (...) que exercia cargo de chefia da recepção na época em que a Autora foi designada para a nutrição e que o município tinha como secretaria de saúde a Dra. Claudia e depois após eleição não se recorda mais quem era o secretário.
>
> Quando retornou para a recepção o secretário no momento deste retorno era o Sr. Alexandre Russo. Quando era chefe da Autora, foi a diretora administrativa Alexandra que falou para a testemunha que sua subordinada iria para o setor de nutrição."

Já a testemunha Eliana Shishiba Viana (fls. 1185-1196) dá conta que quando saiu do Hospital, estava como responsável técnica em 2013, corroborando as informações anteriores nos autos de que era ela a responsável na época que a Autora passou a função de nutricionista. Ainda, confirma que a decisão de mudança da Autora de setor se deu entre Alexandra e Claudia (antiga secretaria da saúde), corroborando com o alegado pela Autora. Embora não se lembre a data exata em que passou de estagiária do setor de nutrição para o cargo de nutricionista, e reiterou que jamais teria feito nada sem autorização dos seus superiores, à época.

Assim, reconhecido o desvio de função, é devida a diferença salarial, nos termos da Súmula STJ nº 378: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes".

Caracterizado o desvio de função, positiva- se o direito à percepção da diferença de remuneração, com todos os reflexos inerentes ao cargo, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado.

O pedido subsidiário comporta acolhida.

A autora é titular do cargo de agente administrativo e recebe os vencimentos dele decorrentes; faz jus à diferença para o padrão do cargo de nutricionista, com reflexo apenas no 13º terceiro salário e horas extras, mas sem reflexo em eventuais férias (pois nesse período não esteve em exercício e, por óbvio, não exerceu a outra função). Do mesmo modo, as vantagens pessoais devem ser calculadas sobre os valores de seu cargo de origem, pois não integram a indenização (a diferença do vencimento dos dois cargos).

Consectários legais devem se dar nos termos do Tema 810, do STF e Tema 905, do STJ até a entrada em vigor da EC 113/2021, momento em que a atualização monetária e os juros seguirão o disposto em seu artigo 3°, acima transcrito.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a

Acesso ao Sumário

citação dos dispositivos, bastando que a questão tenha sido decidida.

Pelo exposto, **conhece-se e dá-se parcial provimento aos recursos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0001562-90.2019.8.26.0030, da Comarca de Apiaí, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelado MARCOS RODRIGUES DE FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso oficial parcialmente provido e recurso voluntário do INSS improvido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.195)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente) e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

ALBERTO GENTIL, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – Cancelamento administrativo de aposentadoria por invalidez concedida judicialmente – Inadmissibilidade – Necessidade da propositura de ação para tal fim – Precedentes desta C. Câmara e do STJ – Restabelecimento da aposentadoria mantido – Recurso oficial parcialmente provido e recurso voluntário do INSS improvido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 134/138, cujo relatório é adotado, julgou procedente ação promovida por Marcos Rodrigues de Freitas e condenou o Instituto Nacional do Seguro Social INSS a restabelecer sua aposentadoria por invalidez acidentária, desde a data da cessação administrativa (1º.10.2018), observada a prescrição quinquenal; atualização monetária das parcelas em atraso, acrescidas de juros de mora, além de honorários advocatícios de 10% sobre as prestações vencias, observada a Súmula 111 do STJ, submetendo-se, ao final, ao reexame necessário. Por derradeiro, concedeu a tutela de urgência para o imediato resta-

belecimento do benefício.

Apela o INSS. Em apertada síntese, defende a legalidade da cessação da aposentadoria do autor, posto que pautada em exame médico administrativo. Requer, com isso, a reforma do julgado com a improcedência da ação.

Resposta do autor a fls.

Sem manifestação da Douta Procuradoria de Justiça em razão do Ato Normativo nº 354 do *Parquet*.

Prova acrescida a fls., com ciência às partes para manifestação.

É o relatório.

Ao autor foi concedido judicialmente o benefício de aposentadoria por invalidez acidentária (fls. 219/221).

É certo que o INSS pode convocar o segurado para que periodicamente se submeta à perícia médica com vistas a averiguar a manutenção ou não de sua incapacidade laborativa.

Há previsão legal - Lei nº 8.213/91 (artigos 43, § 4º e 101).

No entanto, inadmissível o cancelamento administrativo de benefício concedido judicialmente mesmo que com lastro em perícia administrativa.

Afinal, o exame médico administrativo efetivado pela autarquia não basta, por si só, para rescindir a coisa julgada.

Ele serve, isto sim, como meio de prova para instruir eventual ação judicial interposta com vistas à cessação do benefício outorgado judicialmente.

Aliás, de se pontuar que até mesmo essa excepcionalidade é permitida em razão da natureza da relação acidentária (trato sucessivo), *ut* artigo 505, I, do Código de Processo Civil.

Logo, para que haja a cessação do benefício concedido judicialmente há de se propor uma nova ação, respeitando-se, assim, a ampla defesa e o contraditório.

Neste sentido o entendimento desta C. Câmara Especializada:

- "APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO ACIDENTÁRIO. Possibilidade de revisão do benefício, a teor dos arts. 71 da Lei nº 8.212/91 e 47 da Lei nº 8.213/91. Todavia, a perícia administrativa por si só não basta para a cessação do benefício, o que somente pode ocorrer por nova decisão judicial. Inteligência do art. 505 do CPC. Precedentes do STJ. Sentença parcialmente reformada. ACIDENTÁRIO. TERMO "A QUO" DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO. Restabelecimento da aposentadoria por invalidez pelo valor integral desde quando o autor passou a receber com a redução prevista no art. 47, inciso II, da Lei nº 8.213/91, compensando-se os valores pagos posteriormente de maneira escalonada. PROCESSUAL CIVIL E ACIDENTÁRIO JUROS E CORREÇÃO MONE-

Acesso ao Sumário

TÁRIA. Juros de mora que obedecem ao disposto no artigo 1º-F, da Lei 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei 11.960/2009. Correção monetária que deve seguir o IPCA-E, conforme decidido pelo STF no julgamento do RE 870.947/SE Tema nº 810 da repercussão geral. PROCESSUAL CIVIL AÇÃO ACIDENTÁRIA HONORÁRIOS. Percentual e base de cálculo a serem apurados em fase de liquidação. Inteligência do art. 85, § 3º e § 4º, II do CPC. Recurso do INSS improvido. Reexame necessário parcial provimento e recurso adesivo provido, com alteração de ofício dos consectários legais da condenação. Deferida a antecipação de tutela para imediata implantação do benefício" (Apelação Cível nº 1007048-89.2018.8.26.0348, Relator Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO, DJ 20 de novembro de 2020).

Também:

- "ACIDENTE DO TRABALHO. Aposentadoria por invalidez concedida judicialmente. Cancelamento após perícia na esfera administrativa. Inadmissibilidade. Necessidade de propositura de nova ação, calcada na perícia administrativa, para revisão ou cancelamento da aposentadoria. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta 17ª Câmara de Direito Público. CORREÇÃO MONETÁRIA Débitos em atraso do INSS IGP-DI (maio/1996 a março/2006) INPC (01/04/2006 a 29/06/2009) IPCA-E, nos termos do que o STF decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810), em 03/10/2019. JUROS DE MORA. Cômputo. Forma englobada até a citação e, após, mês a mês, decrescentemente. Taxas 0,5% ao mês, na vigência do CC/1916 1,0% ao mês, após a entrada em vigor do CC/2012. Remuneração da caderneta de poupança, a partir de 30/06/2009, conforme o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.960/2009, e nos termos do que o STF decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810 de repercussão geral). NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTARQUIA. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA" (Apelação Cível nº 0007572-55.2019.8.26.0482, Relator Desembargador ANTONIO MOLITERNO, DJ 16 de outubro de 2020).

Ainda:

- "APELAÇÃO. Ação acidentária procedente. SENTENÇA ANULADA. Extra petita. Configuração. CAUSA MADURA. Julgamento da lide pelo Tribunal. Artigo 1.013, §3º, inciso II, do CPC/2015. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA CONCEDIDA JUDICIALMENTE. Coisa julgada. Matéria de ordem pública. Sentença transitada em julgado que determinou o restabelecimento da aposentadoria por invalidez acidentária. Impossibilidade de cessação administrativa. Necessidade de ajuizamento de ação revisional pela autarquia. Paralelismo das formas.

Acesso ao Sumário

Restabelecimento devido. Compensação de valores pagos posteriormente. ABONO ANUAL. Cabimento. Artigo 40 da Lei 8.213/91. RENDA MENSAL INICIAL. Observância dos mesmos índices previdenciários aplicados aos benefícios em manutenção. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICABILIDADE DA LEI 11.960/09. Questão decidida pelo C. STF, no RE 870.947/SE (Tema 810 de repercussão geral), definindo o IPCA-E como índice de correção monetária das prestações em atraso e fixando os juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Sendo a sentença ilíquida, a apuração do percentual da verba honorária ocorrerá na fase de execução. Artigo 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015. PRELIMINAR DO APELO *AUTÁRQUICO ACOLHIDA E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO PARA ANULAR A R. SENTENÇA E RECONHECER A COISA JULGADA, DETERMINANDO O RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO"* (Apelação Cível nº 1002797-54.2019.8.26.0037, Relator Desembargador CARLOS MONNERAT, DJ 29 de setembro de 2020).

Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Deferida a aposentadoria por invalidez judicialmente, pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas." (REsp 1201503/RS, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Data do Julgamento 19/11/2012, DJe 26/11/2012).

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO ATRAVÉS DE DECISÃO JUDICIAL. CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de somente ser possível a revisão da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente através de outra ação judicial. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1218879/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 18.09.2014, DJe 25.09.14).

Sendo assim, ante a ausência de processo judicial para o cancelamento da aposentadoria por invalidez acidentária da autora, de rigor o restabelecimento de seu benefício, conforme corretamente decidido pela r. sentença de fls.

De se registrar, inclusive, que submetido a exame médico pericial sob o crivo do contraditório, ficou comprovada a manutenção de sua incapacidade

Acesso ao Sumário

total e definitiva para o trabalho (fls. 106/117).

O restabelecimento da aposentadoria por invalidez acidentária do segurado é devido a partir do dia seguinte ao da indevida cessação (fls. 29), compensando-se eventuais valores pagos administrativamente após esta data, inclusive a título de mensalidade de recuperação.

A atualização monetária das parcelas em atraso observará os critérios da Lei nº 8.213/91 e suas alterações posteriores; os respectivos índices serão definidos em execução, considerando-se, também, o posicionamento do E. STF no julgamento da Repercussão Geral nº 810 (RE nº 870.947/SE).

Os juros de mora incidem a partir da citação, contados englobadamente até esta data e, a partir de então, mês a mês, de forma decrescente. Mas é de se observar, no particular, os termos do RE 870.947/SE, tema 810 do E. STF.

Ainda quanto à atualização monetária e aos juros de mora, é de se observar, a partir de 09.12.2021, o disposto no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/21.

A discussão quanto à incidência de juros entre a conta e a expedição do precatório é, na atual fase processual, prematura e deverá ser apreciada na fase de execução e somente após o pagamento do valor que vier a ser requisitado.

Serão observados os índices previdenciários para o cálculo da renda mensal inicial a ser implantada.

A verba honorária arbitrada pela r. sentença de fls. fica mantida.

Daí porque, ante o exposto, nos termos supra consignados, dou parcial provimento ao recurso oficial e nego provimento ao recurso voluntário do INSS.

Remessas Necessárias

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1001665-25.2021.8.26.0058, da Comarca de Agudos, em que é recorrente Juízo *Ex Officio*, é recorrido E. B.

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 reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.239)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MA-

CHADO DE BARROS (Presidente) e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 9 de janeiro de 2023.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA. Mandado de Segurança. ITBI – Ordem concedida para declarar como base de cálculo do imposto o valor utilizado como base de cálculo do ITR, ou o valor pactuado pelo imóvel rural, observando-se o que for maior, nos termos da legislação municipal. Sentença mantida. Recurso oficial não provido.

VOTO

Remessa necessária em face de sentença[1] (fls. 84/89) concedeu a segurança para reconhecer o direito do impetrante de recolher ITBI sobre o valor utilizado como base de cálculo do ITR[2], ou o valor pactuado pelo imóvel rural[3], observando-se o que for maior, nos termos da legislação municipal" (fls. 89).

Custas na forma da Lei. Sem condenação nos honorários.

Não houve recurso voluntário (fls. 94).

A hipótese comporta reexame necessário.

É o relatório.

O autor adquiriu por meio de escritura publica de compra e venda lavrada em 30/7/2021 um imóvel rural pertencente à matrícula 8.169, do Cartório de Registro de Imóveis de Agudos/SP, cadastrado no INCRA sob o nº 637.033.054.747-6 e na Receita Federal sob o nº 4.873.342-3, pelo valor de R$ 6.000.000,00.

O Município de Agudos expediu o Documento de Arrecadação Municipal no valor de R$ 142.129,03 para o ITBI, cuja alíquota de 2% foi calculada sobre a base de cálculo correspondente ao valor total do imóvel declarado no ITR (R$ 7.106.451,00).

Ora, como bem dito pelo Juízo (fls. 88), "não é razoável ampliar a interpretação da legislação municipal para utilizar como base de calculo do ITBI não apenas a base de calculo do ITR (valor da terra nua), mas também o valor das construções, instalações e benfeitorias e o valor das culturas, pastagens cultivadas e melhoradas, e florestas plantadas".

Segundo o artigo 258 do Código Tributário Municipal:

"Art. 258. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou di-

1 Valor da causa em 29/3/2021: R$ 2.382.424,33.

2 R$ 4.581.786,00.

3 R$ 6.000.000,00.

reitos transmitidos, ou o valor pactuado atribuído ao imóvel, se este for maior.

§ 3º. O valor venal de imóvel rural, para efeito de cobrança do Imposto sobre Transmissão de Bens Móveis – Inter Vivos", será aquele considerado na declaração do Imposto Territorial Rural."

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do acórdão referente ao Tema nº 1113 do STJ, definiu a base de cálculo do ITBI e fixou as seguintes teses jurídicas:

"a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação; b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN);"

Neste contexto, correta a sentença ao declarar que o ITBI deve ser cobrado com base no valor da transação (R$ 6.000.000,00), eis que superior ao valor da terra nua constante da declaração do ITR (R$ 4.581.786,00).

Posto isso, **nega-se provimento** ao recurso oficial.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0009330-22.2022.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante HENRIQUE AUGUSTO BECHARA MORAES SERRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.208)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BUENO DE CAMARGO (Presidente), WILLIAN CAMPOS E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 11 de janeiro de 2023.

BUENO DE CAMARGO, Relator

Ementa: Agravo em Execução: homologação da falta disciplinar de natureza grave. Confecção de tatuagem. Recurso: Defesa.

Apuração de falta grave: art. 50, IV, e 39, II, da LEP. Absolvição: atipicidade. Confecção de tatuagem no próprio corpo: conduta que não se subsume àquelas previstas na Lei de Execução Penal (rol taxativo).

Recurso provido para absolver o Agravante.

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução interposto por Henrique Augusto Bechara Moraes Serra, da r. decisão do *Mm Juiz José Roberto Bernardi Liberal*, que considerou como de natureza grave a falta disciplinar cometida, declarando a interrupção do lapso temporal para fins de progressão de regime (fls. 35/3).

Requer, em síntese, a sua absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação para a modalidade leve ou média (fls. 1/10).

Com a resposta de fls. 44/46, a Douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o parecer de fls. 60/63, pelo não provimento.

Acesso ao Sumário

Por fim, não constam objeções ao julgamento virtual.

É o relatório.

Insurge- se o Agravante contra a r. decisão que considerou como de natureza grave a infração disciplinar cometida em 21/ 2/2022 , consistente em confecção de tatuagem artesanal em seu corpo.

Uma vez encerrado o procedimento disciplinar, a conduta foi considerada como de natureza média, por infringência ao disposto no artigo 45, inciso XIV, da Resolução SAP 144/2010 (fls. 11/32).

Nesse contexto, ponderando as provas colhidas, obtemperou o MM Juízo a quo que:

> [...] as provas produzidas comprovam, à saciedade, que o condenado, cumprindo pena em regime prisional fechado, cometeu, em 21/02/2022, falta disciplinar de natureza grave, prevista nos artigos 50, inciso VI, e 39, inciso II, da Lei de Execução Penal, porquanto, de forma injustificada, desobedeceu ordem recebida (confira-se, nesse sentido: fls. 63 /84 e termo de declarações a fls. 75).
>
> Como se vê, a conduta adotada, acima mencionada, encontra expressa previsão legal. Satisfeito, assim, à saciedade, o princípio da legalidade.
>
> Ademais, considerando-se as diretrizes estabelecidas no art. 57 da Lei de Execução Penal, a falta cometida pelo condenado só pode ser considerada grave, porquanto adotou conduta reveladora de absoluta ausência de autodisciplina e senso de responsabilidade.
>
> Sendo assim, tal infração disciplinar de natureza grave, além de acarretar a regressão de regime prisional, se o caso, deve proporcionar a perda de parte do direito ao tempo remido e constituir, também, marco inicial para contagem de tempo necessário para obtenção do benefício de progressão de regime prisional, por força das regras insertas nos arts. 118 e 127 da Lei de Execução Penal (nesse sentido, também, Súmula Vinculante n. 9).
>
> [...]
>
> Posto isso, DETERMINO a elaboração de novo cálculo de pena do sentenciado Henrique Augusto Bechara Moraes Serra, MTR: 1111663 -9, RG: 49.915. 383, RJI: 193158025-45, Penitenciária II de Serra Azul, observando-se as diretrizes acima estabelecidas, manifestando-se as partes em seguida, para que, querendo, ofereçam impugnação, no prazo de 5 (cinco) dias, em observância ao contraditório.
>
> Não há tempo remido para ser revogado.

Contudo, *d.m.v.*, a conduta do agravante é atípica, vez que não se subsume às hipóteses previstas na Lei de Execução Penal, cujo rol é taxativo.

Nesse sentido:

> Consoante consta dos autos, no dia 6/7/2021, no interior da Penitenciária "João Batista de Santana", de Riolândia, os agentes penitenciários constataram que o sentenciado Glaucon Vítor de Almeida teria realizado

Acesso ao Sumário

tatuagem em parte de seu corpo (no pescoço), desobedecendo, assim, regras de ordem e disciplina daquela unidade prisional. Após ser questionado pelos funcionários, ele negou ter feito a tatuagem em questão naquele presídio e, sim, em anterior unidade prisional, já havia mais de três (3) anos (fls. 12/18).

Em virtude disso foi instaurada sindicância e o agravante acabou sendo punido, com a anotação de falta grave em seu prontuário e demais consequências dela advindas.

E os agentes de segurança ouvidos narraram que, ao ser realizada revista pessoal no referido sentenciado, viram uma tatuagem que aparentava ter sido realizada recentemente dentro daquela unidade prisional.

Contudo, no caso em tela, percebe-se, à evidência, que o ora agravante sequer chegou a praticar falta disciplinar, de qualquer natureza, vez sua conduta não foi contrariou o Direito pelo contrário, tratou tão somente de agir de acordo com as garantias outorgadas constitucionalmente: a dignidade da pessoa humana, a liberdade de consciência (artigo 5 º, inciso VI), e a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (artigo 5º, X, da Constituição Federal).

Assim, a falta disciplinar imputada administrativamente ao reeducando constitui fato atípico, eis que sua conduta (de possuir tatuagem em seu corpo) não está prevista em nenhum dos incisos do artigo 50 da Lei de Execução Penal.

Vê-se, pois, que não era o caso do reconhecimento da prática de falta, grave ou não, com relação ao ora sentenciado.

Daí porque merece provimento o presente agravo para absolvê-lo em razão da atipicidade de sua conduta.

• TJSP: AgExec. 7000065-25.2022.8.26.0576, 15 ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Des. Poças Leitão, j. 11.5.2022 (www.tjsp.jus.br).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. CONSENTIMENTO PARA CONFECÇÃO DE TATUAGEM NO PRÓPRIO CORPO. ATIPICIDADE FORMAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO IMPERIOSA. A conduta do reeducando, de consentir a confecção, em seu próprio corpo, de tatuagem realizada por outrem é formalmente atípica, por não se subsumir a nenhum dos t ipos disciplinares previstos nos artigos 50 a 52 , todos da Lei de Execução Penal. No caso dos autos, restou demonstrado, pelos depoimentos dos agentes de segurança penitenciária e pela confissão do reeducando, que o agravante consentiu para que outro detento confeccionasse tatuagem em seu corpo, conduta sem correspondência nos tipos disciplinares da Lei de Execução Penal, mesmo porque o reeducando não possuía instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem. Agravo defensivo provido, para absolver o agravante Flávio Navarro Silva da falta disciplinar ocorrida em 15 /10 /2020, por atipicidade formal da conduta.

• TJSP: AgExec. 0005070-85.2021.8.26.0996, 15 ª Câm. Dir. Crim., rel.

Acesso ao Sumário

Des. Des. Gilda Alves Barbosa Diodatti, j. 22.7.2022 (www.tjsp.jus.br).

Ademais, "a referida infração não alcança a reprovabilidade que se verifica, por exemplo, na prática de novo crime doloso, razão pela qual não se justifica, também por esse vértice, as graves consequências de uma condenação por falta grave. A absolvição atende, portanto, à proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que seria ilógico equiparar uma sentenciada com as condições aqui verificadas com aquela que, por exemplo, trafica entorpecentes dentro do estabelecimento prisional, ameaça agentes penitenciários ou planeja e executa uma fuga".

• TJSP: AgExec. 0005235-80.2021.8.26.0496, 2ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Des. Amaro Thomé, j. 26.7.2022 (www.tjsp.jus.br).

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso para excluir a anotação da falta grave do prontuário do Agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006296-91.2022.8.26.0026, da Comarca de Bauru, em que é agravante ALEF TASSO DOMINGOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.591)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente) E MENS DE MELLO.

São Paulo, 11 de janeiro de 2023.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Agravo em Execução. Recurso defensivo visando a reforma da decisão que denegou o pedido de retificação do cálculo de penas – Sustenta que após o advento da Lei nº 13.964/19 o crime de tráfico de drogas, não pode mais ser considerado equiparado a hediondo Inadmissibilidade – Equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos decorre de texto constitucional – art. 2º, §2º da Lei 8.072 e art. 5º, XLIII, da CF – Uma vez equiparado a hediondo, advêm os con-

sectários, como os percentuais de progressão. Deslocamento do tratamento da progressão para a LEP que não altera referida situação. Entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Agravo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto em favor do sentenciado **ALEF TASSO DOMINGOS** contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal – DEECRIM 3ª RAJ, comarca de BAURU/SP, que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de penas, mantendo a classificação do delito de tráfico de drogas como crime hediondo.

Sustenta a Defesa, em apertada síntese, que com a nova redação do artigo 112, inciso I, da LEP, a exigência de lapso correspondente a 16/100 da pena para progressão de regime somente se aplica ao reincidente na prática de crime doloso/hediondo. Aduz, que o pacote anticrime (Lei 13.964/2019) revogou o §2º do art. 2º da Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), que equiparava o tráfico de drogas a crime hediondo para fins de progressão de regime. Requer seja dado provimento ao Agravo, reformando-se a decisão recorrida para que seja retificado o cálculo para constar o prazo de 16% para fins de progressão de regime prisional (fls. 01/11).

O recurso foi contraminutado (fls. 267/270) e a r. decisão foi mantida (fl. 271).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do agravo (fls. 281/284).

É o breve relatório.

A decisão não comporta reparo.

Colhe-se dos autos que o agravante foi condenado a pena total de cinco anos, seis meses e vinte dias de reclusão, pela prática do delito de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), não sendo reconhecida a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado na condenação (fls. 14/15).

Alega que a Lei 13.964/2019 revogou expressamente o artigo 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, que previa o cumprimento lapso de 3/5 aos reincidentes específicos ou não, para a progressão de regime prisional.

Argumenta que a Lei 13.964/2019 permite a progressão de regime com 16% para apenados primários se o crime for cometido sem grave ameaça; 25% se primário com grave ameaça; 20% se reincidente sem grave ameaça; e, por fim, 30% nos casos de reincidente com grave ameaça. Desse modo, sustenta

Acesso ao Sumário

que se tratando de norma posterior mais benéfica, deve ser aplicada em favor do agravante.

O pedido de retificação de cálculos foi indeferido pelo Juízo de piso.

A despeito do alardeado, o art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/90, não obstante revogado pela Lei nº 13.964/19, tratava apenas dos prazos exigidos para a progressão de regime, os quais passaram a ser disciplinados exclusivamente no art. 112, da LEP, de maneira unificada.

O tráfico ilegal de entorpecentes e drogas afins, é considerado como equiparado a hediondo, recebendo um tratamento mais severo, assim como o crime de tortura e terrorismo. A equiparação decorre do art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal e do caput do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, logo, dispositivos os quais permanecem inalterados com a revogação do parágrafo 2º da Lei 8.072/90.

Assim, por força do mandamento constitucional, o tráfico ilícito de entorpecentes permanece equiparado aos crimes hediondos para todos os efeitos.

Observa-se que no artigo 112 da Lei de Execução Penal foi introduzido o § 5º, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, cujo texto, de forma expressa, afastou o caráter hediondo ou equiparado, apenas e tão somente, do chamado tráfico privilegiado previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, nada dispondo sobre o crime de tráfico previsto no artigo 33, *caput*, do mesmo diploma legal, não havendo qualquer mácula ao seu caráter hediondo (por equiparação) constitucionalmente atribuído. O que reforça que a intenção do legislador não era alterar a natureza de crime equiparado a hediondo do delito de tráfico de drogas.

Ademais, em 19 de abril de 2022, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 729.332, realizado pela Quinta Turma, com relatoria do Ministro Reynaldo Soares, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a Lei 13.964/2019 não afasta a caracterização do crime de tráfico de drogas como delito equiparado a hediondo:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. CÁLCULO DE PENA PARA PROGRESSÃO DE REGIME. REVOGAÇÃO DO § 2º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS) PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) QUE NÃO AFASTA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006) COMO DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. CLASSIFICAÇÃO QUE DECORRE DO ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja

utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. A revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 13.964/2019 não tem o condão de retirar do tráfico de drogas sua caracterização como delito equiparado a hediondo, pois a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533/MS, concluiu que "o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos" (HC 118.533/MS, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe 16/09/2016). 4. O fato de a Lei 13.964/2019 ter consignado, expressamente, no § 5º do art. 112 da Lei de Execução Penal, que não se considera hediondo ou equiparado o tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 somente consagra o tratamento diferenciado que já vinha sendo atribuído pela jurisprudência ao denominado tráfico privilegiado. Isso, no entanto, não autoriza deduzir que a mesma descaracterização como delito equiparado a hediondo tenha sido estendida ao crime do art. 33, caput e § 1º, da Lei de Drogas. 5. Esta Corte já teve a oportunidade, em diversas ocasiões, de referendar a natureza de delito equiparado a hediondo do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime), ressaltando-se, inclusive que, no julgamento do Recurso Especial n. 1.918.338/MT (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021) pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1.084), no qual foi assentada a tese reconhecendo a possibilidade de aplicação retroativa do art. 112, V, da LEP a condenados por crimes hediondos ou equiparados que fossem reincidentes genéricos, o caso concreto tratou especificamente de condenado por tráfico de drogas. Precedentes desta Corte sobre a mesma controvérsia posta nos autos: HC 733.052/RS, Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 06/04/2022; HC731.139/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe de 29/03/2022; HC 723.462/SC, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe de 11/03/2022; HC 726.162/SC, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 16/03/2022; HC 721.316/SC, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe de 08/02/2022. 6. Agravo regimental desprovido. (DJe. 25.4.2022)

Este também é o entendimento adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE EXECUÇÃO Pedido defensivo de retificação do cálculo

Acesso ao Sumário

de liquidação de penas, a fim de que delito de tráfico ilícito de drogas não seja considerado como crime hediondo por equiparação NÃO CABIMENTO Crime que continua equiparado a hediondo Revogação do § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) que não alterou a natureza jurídica do tipo penal do artigo 33, caput, da Lei de Drogas Agravante que foi condenada pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.373/06 Art. 112, §5º, da LEP, que afastou o caráter hediondo apenas da figura privilegiada do tráfico de entorpecentes, prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, circunstância pela qual a sentenciada não foi beneficiada Entendimento do C. STJ e precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Agravo improvido." (Agravo de Execução Penal 0005698-92.2022.8.26.0041; Relator: Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 22/06/2022)

Inclusive por esta Colenda Câmara:

"Agravo em Execução – Pretensão de retificação do cálculo de liquidação de penas – Alegação de que, diante da alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019, o crime de tráfico de drogas não pode mais ser equiparado a hediondo, pelo que entende ser caso de se exigir o cumprimento de 16% da pena imposta para a progressão carcerária – Constituição Federal que estabelece que o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo Sentenciado primário – Necessidade de cumprimento da fração de 40% da pena imposta, conforme cálculo de penas elaborado Inteligência do art. 112, inc. V, da LEP Negado provimento." (Agravo de Execução Penal 0009058-35.2022.8.26.0041. 7ª Câmara Criminal. Rel. Fernando Simão. D.J. 22/08/2022).

Com efeito, o cálculo de pena se mostra acertado, calcado no artigo 112, inciso V, do Código Penal.

Importante ter em mente que uma vez que o tráfico de drogas é equiparado aos crimes hediondos, a ele serão aplicados todos os consectários, como ser insuscetível de graça ou anistia e percentuais próprios para progressão de regime.

Diante desse quadro, não há que se falar na cassação da r. decisão que está correta e amparada em legislação em vigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo, mantendo-se a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0012767-16.2022.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é

agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DOUGLAS LUCA MATAVELLI PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso para, uma vez afastada a possibilidade de adoção de um sistema híbrido quanto à prescrição executória da pena de multa, determinar a realização de novo cálculo com base nas regras do Código Penal, tanto no que diz respeito ao prazo prescricional quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Vencido o 2º Juiz, Des. Luiz Fernando Vaggione, que não declara voto.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.826)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 13 de janeiro de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal. Prescrição executória da pena de multa. Sanção pecuniária que não perdeu seu caráter penal, apesar de ser considerada dívida de valor. Incidência do prazo prescricional previsto no artigo 114 do Código Penal, e não o do artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932. Causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Inviável a admissão de sistema híbrido. Normas especiais da Fazenda Pública cuja incidência se limita às hipóteses de cobrança judicial da dívida exclusivamente fiscal. Aplicação, pois, das causas trazidas pela legislação penal. Agravo parcialmente provido para determinar realização de novo cálculo prescricional com base nas regras do Código Penal, tanto no que diz respeito ao prazo quanto às causas de interrupção e suspensão da prescrição, afastada a possibilidade de adoção de sistema híbrido.

VOTO

Cuida-se de agravo em execução interposto contra a respeitável decisão de fls. 23/28 que efetuou cálculo prescricional referente à pena de multa considerando o prazo quinquenal estipulado pelo artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932, bem como a causa interruptiva da prescrição prevista no artigo 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional e a causa suspensiva do artigo 40 da Lei

Acesso ao Sumário

n. 6.830/1980.

Não resignado, o Ministério Público alega que a pena de multa não perdeu seu caráter penal, de forma que os prazos prescricionais de sua pretensão executória devem ser aqueles do artigo 114 do Código Penal, e que as regras de interrupção e suspensão da prescrição contidas em tal diploma normativo devem ser aplicadas cumulativamente com aquelas relacionadas à dívida ativa da Fazenda Pública, por se tratar de um sistema híbrido.

Requer, assim, que seja cassada a decisão e determinada nova realização do cálculo prescricional nos termos acima (fls. 01/12).

Estão nos autos a resposta do agravado (fls. 34/40), o despacho mantenedor da decisão atacada (fl. 41) e o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 50/53), este pelo provimento.

É o relatório.

VOTO N. 54.826

Consta dos autos que o agravado foi condenado definitivamente como incurso no artigo 14 da Lei n. 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), sendo que o *Parquet* ajuizou ação de execução da pena de multa pelo não adimplemento desta (fls. 13/16).

Inicialmente, todavia, extinguiu-se o feito sob o argumento de que a multa imposta era inferior ao montante de 1.200 UFESP's, porém tal decisão foi cassada com a determinação de que o processo seguisse seu curso regular (fls. 17/22).

Após o despacho citatório, em 16/09/2022, o MM Juiz suspendeu a execução por 1 (um) ano, nos termos do artigo 40 da Lei n. 6.830/1980, e fixou como marco para a extinção da punibilidade pela prescrição a data de 16/09/2028, ou seja, 5 (cinco) anos depois de findo o período suspensivo, adotando, assim, o prazo prescricional quinquenal do Decreto n. 20.910/1932 para a elaboração de seu cálculo, além de aplicar a causa interruptiva da prescrição contida no artigo 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional.

Pois bem.

O agravo comporta parcial provimento, conforme adiante justifico.

De fato, a pena de multa não perdeu sua natureza penal após o trânsito em julgado da condenação, de modo que ela apenas passou a ser considerada dívida de valor com o objetivo de se evitar sua conversão em pena privativa de liberdade, em respeito ao disposto no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, que veda a prisão por dívida, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas (vide ADI 3150/DF, Ministro Marco Aurélio, DJe 06/08/2019).

Ademais, o próprio artigo 51 do Código Penal, cuja redação foi alterada por força da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), reconhece o caráter origi-

Acesso ao Sumário

nário de sanção criminal da multa ao estabelecer que esta deve ser executada perante o Juízo da Execução Penal, não podendo, desse modo, ter sua natureza equiparada aos débitos puramente fiscais existentes em face da Fazenda Pública.

A esse respeito, confira-se ainda o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: REsp 1724316/ES, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 02/06/2020.

É por esse motivo que os prazos prescricionais da pretensão executória atinentes à multa penal continuam sendo aqueles previstos no artigo 114 do Código Penal, consoante o decidido no venerando acórdão supracitado. Logo, o mesmo raciocínio deve ser aplicado às demais regras incidentes ao tema da prescrição, incluindo as causas interruptivas e suspensivas.

Quanto ao pleito ministerial de cumulação dos marcos interruptivos e suspensivos trazidos pela legislação penal com aqueles relativos à dívida ativa da Fazenda Pública, por sua vez, entendo ser inviável a adoção de um sistema híbrido nesse sentido.

Oportuno ressalvar, no entanto, que já integrei composição nesta Egrégia 2ª Câmara Criminal, como Terceiro Juiz, no sentido de admitir a adoção de tal sistema híbrido (Agravo em Execução Penal 0011053-21.2022.8.26.0482, Desembargador André Carvalho e Silva de Almeida, julgado em 01/11/2022).

Todavia, melhor refletindo, depois me convenci do contrário, a despeito da redação literal do artigo 51 do Código Penal, pois a sua incidência deve ser reservada às sanções penais que tenham caráter exclusivamente fiscal, sob pena de se vulnerar o princípio da proporcionalidade, em evidente prejuízo ao condenado. A adoção de um sistema híbrido para o tema da prescrição da pretensão executória da pena pecuniária conduziria a um contrassenso, porque favorece os condenados à pena privativa de liberdade sem aplicação de multa, em detrimento daqueles que, por vezes, recebem penas menores, cumulativamente à pena de multa.

Um indivíduo apenado com um ano de reclusão e multa por furto simples, por exemplo, experimentaria desvantagem sobre um sentenciado a vinte anos de reclusão por homicídio, já que o primeiro condenado, ao ser executada sua pena pecuniária, teria contra si a aplicação das causas interruptivas e suspensivas da prescrição previstas tanto no Código Penal quanto nas regras especiais previstas para a dívida ativa da Fazenda Pública, enquanto o segundo condenado, por delito mais grave, estaria submetido apenas às causas previstas na legislação penal.

A meu ver, a melhor interpretação a ser feita ao artigo 51 do Código Penal é aquela que limita sua incidência às ações de cobrança de dívida de valor promovidas pela Fazenda Pública nas hipóteses em que, transitada em julgado a condenação, seja verificado o inadimplemento do sentenciado e a inércia do

Acesso ao Sumário

Ministério Público em relação à cobrança.

Posto isso, tem-se que a regulamentação da prescrição executória da pena de multa fica reservada unicamente à legislação penal, tanto no que diz respeito aos prazos quanto às causas interruptivas e suspensivas, dada a natureza criminal da reprimenda, não incidindo no caso em tela, portanto, as disposições relativas à dívida ativa da Fazenda Pública ora aplicadas pelo MM Juiz na origem.

Assim já decidiu esta Egrégia Câmara recentemente, sob minha relatoria: Agravo em Execução Penal 0012580-08.2022.8.26.0482, Desembargador Costabile e Solimene, julgado em 06/12/2022.

Na mesma esteira, outro precedente: Agravo em Execução Penal 0010386-35.2022.8.26.0482, Desembargador Toloza Neto, 3ª Câmara Criminal, julgado em 03/10/2022.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para, uma vez afastada a possibilidade de adoção de um sistema híbrido quanto à prescrição executória da pena de multa, determinar a realização de novo cálculo com base nas regras do Código Penal, tanto no que diz respeito ao prazo prescricional quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0017864-22.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CAIO CESAR DOMICIANO, 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: "POR V.U., DERAM INTEGRAL PROVIMENTO ao recurso para cassar a r. decisão e determinar a elaboração de novos cálculos de liquidação conforme colocado, ou seja, apenas somando, aos dias efetivamente cumpridos, os dias remidos, para implemento dos lapsos aquisitivos para benefícios, abreviando-se, como reflexo, na integralidade do tempo remido, o implemento dos lapsos aquisitivos. Comunique-se, com urgência.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.767)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 16 de janeiro de 2023.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. REMIÇÃO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE CÁLCULOS. RECURSO DA DEFESA.

Agravo visando à reforma da r. decisão por alegado equívoco na forma de cômputo do tempo remido. *Pertinência*. Nos termos do art. 128, da LEP, com a redação dada pela Lei 12.433/2011, o tempo remido será considerado com pena cumprida, para todos os efeitos. Como consequência da forma de cômputo estipulada, tempo remido declarado, somando-se ao já cumprido, refletirá integralmente em relação aos lapsos aquisitivos. Homologação, na decisão, de cálculo que apenas considerou o tempo remido para abreviar o montante de pena imposto, à luz da norma legal, o que não se pode admitir. Precedente da C. Câmara. Integral provimento.

VOTO

VISTO.

Cuida-se de recurso de **AGRAVO EM EXECUÇÃO** (fls. 01/05) interposto, com fulcro no artigo 197 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), por **CAIO CESAR DOMICIANO**, contra a r. decisão interlocutória proferida no curso da execução de pena (fls. 51), que houve por bem **homologar** os cálculos de liquidação de penas elaborados após declaração de remição, por desempenho de atividade laborativa/educativa, de 34 (trinta e quatro) dias (decisão datada de 02/06/2022 fls. 259/260 dos autos da execução, autos de nº 0003646-23.2021.8.26.0506).

Busca o **agravante**, nesta Instância em síntese, *a reforma da r. decisão*, para que **seja computado o tempo remido como pena efetivamente cumprida**, com consequente reflexo nos lapsos aquisitivos, nos termos do artigo 128, da antedita Lei, elaborando-se novos cálculos de liquidação.

Contrarrazões às fls. 56/59 pelo não provimento do recurso. A r. decisão foi mantida pelo juízo *"a quo"* (fls. 61).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 77/80).

É o relatório.

O agravo comporta provimento.

Ainda que não providenciado o traslado dos cálculos de liquidação homo-

Acesso ao Sumário

logados pelo juízo "*a quo*", compulsando os autos da execução logo se percebe, com todo o respeito, que o entendimento esposado é incompatível com as normas inerentes à matéria (forma de cômputo dos dias remidos).

Pois bem.

Ao contrário do que restou homologado, dúvidas inexistem que o tempo remido deve ser computado nos precisos termos do artigo 128, da Lei de Execução Penal (*"in verbis": "O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos"*), ou seja, **como pena efetivamente cumprida**. O tempo remido, **somado** ao já cumprido, refletirá **integralmente** em relação aos lapsos aquisitivos, vez que, tomando-se a situação da espécie, declarados **34** (trinta e quatro) dias remidos, **estes serão somados ao montante já cumprido, abreviando, em sua integralidade, o implemento dos lapsos aquisitivos**. Evidente que inexiste "**dupla** incidência" no proceder, mas sim consideração do tempo remido nos termos da norma, com **reflexo** decorrente da forma de cômputo adotada pelo legislador ordinário. É importante apontar que o tempo de desconto foi **abatido** (descontado, diminuído) do total da pena, e não considerado como pena **cumprida** (que deve ser somado, acrescido, aos dias efetivamente cumpridos), sendo que é por esta última que se calcula o lapso necessário para o benefício respectivo, surgindo resultados diferentes, em prejuízo do sentenciado. O cálculo deve ser feito sobre a pena existente e, do prazo exigido para o benefício, devem ser computados (**somados**), como cumpridos, além dos dias respectivos (efetivos), os dias remidos.

Em caso semelhante, ao analisar idêntica situação, a **C. 8ª Câmara**, nos autos do Agravo em Execução nº 003855-95.2016.8.26.0496, julgado em 20/10/2016, chegou à conclusão convergente, conforme se verifica do trecho do mencionado **precedente** a seguir transcrito, relatado por Sua Excelência, o Des. **Louri Barbiero**: ***"O agravo comporta provimento. Inicialmente, observo que, apesar de não haver sido juntada aos autos cópia do cálculo contra o qual se insurge a Defesa, a r. decisão que o homologa descreve claramente o entendimento utilizado em sua elaboração, por meio de exemplos, permitindo concluir qual a lógica utilizada. E, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz a quo, não pretende o agravante a dupla incidência da remição, mas, apenas, que esta seja aplicada como pena cumprida, forma legalmente prevista e mais benéfica ao reeducando que a aplicada na r. decisão agravada, pela qual foram os dias remidos descontados do total da pena, procedimento equivalente ao efetuado para comutação de penas.".***

Razão assiste, portanto, **ao agravante.**

Do exposto, pelo meu voto, **DOU INTEGRAL PROVIMENTO** ao recurso, e, assim o faço, para **cassar** a r. decisão e determinar a elaboração de novos cálculos de liquidação conforme colocado, ou seja, apenas somando, aos

Acesso ao Sumário

dias efetivamente cumpridos, os dias remidos, para implemento dos lapsos aquisitivos para benefícios, abreviando-se, como reflexo, na integralidade do tempo remido, o implemento dos lapsos aquisitivos.

Comunique-se, com *urgência*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0010254-33.2022.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante LEANDRO HENRIQUE SIMÃO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43914)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 19 de janeiro de 2023.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: Execução penal. Progressão de regime. Data de início do cálculo para a progressão ao regime aberto. Jurisprudência que firmou entendimento no sentido de que a data de início do lapso para a segunda progressão de regime deve ser a correspondente àquela em que o apenado cumpriu todas as exigências legais, ou seja, desconto da primeira fração exigida em lei e comprovação do mérito para o deferimento da promoção ao regime intermediário. MODIFICAÇÃO do entendimento anterior deste Relator para readequar o posicionamento adotado pelo C. STJ, por questão de segurança jurídica. Marco inicial que deve corresponder àquele em que preenchido o último requisito pendente (temporal ou meritório). Fixação do marco para nova progressão a partir da data do preenchimento de todos os requisitos (objetivo e subjetivo). Cálculo mantido. Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. O presente agravo em execução penal foi interposto pelo sentenciado LEANDRO HENRIQUE SIMÃO contra a r. decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito do DEECRIM de Ribeirão Preto UR6, por meio da qual foi fixada como marco para o cálculo para a progressão ao regime aberto a data em que preenchido o último requisito atingido para a obtenção da progressão ao regime intermediário (conclusão do exame criminológico), nos autos da execução nº 0008792-75.2021.8.26.0496.

Recorre, pleiteando a alteração do cálculo para fins de progressão ao regime aberto, adotando-se como marco a data em que cumprido o lapso exigido para a promoção ao regime semiaberto (fls. 01/06).

O recurso foi devidamente processado e contra-arrazoado às fls. 86/98. Submetida ao juízo de retratação, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fls. 126).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo (fls. 136/143).

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

A defesa requer a retificação do cálculo para a progressão ao regime aberto, a fim de que seja considerada como data-base aquela correspondente ao dia em que o sentenciado atingiu o lapso para aquisição da progressão ao regime intermediário.

O fato é que, apesar de ter sido adotado por certo período o entendimento segundo o qual o cálculo para a progressão ao regime aberto deveria ter como marco o correspondente àquele em que se deu o preenchimento do primeiro lapso, o C. STJ firmou o posicionamento de que não basta o alcance da fração exigida, mas o preenchimento, inclusive, da exigência subjetiva, que, em caso de submissão do apenado a exame criminológico, como ocorreu nos presentes autos, acaba sendo prorrogado à data posterior.

Acesso ao Sumário

No caso em espécie o preenchimento de ambos os requisitos ocorreu apenas na data em que concluído o exame criminológico. Assim, portanto, como bem decidiu o i. Julgador, deve esta data ser considerada como marco para o cômputo para nova progressão.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TERMO INICIAL PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 112 DA LEP. REQUISITO SUBJETIVO. REALIZAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO. IMPLEMENTAÇÃO APÓS LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO (REQUISITO OBJETIVO). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no julgamento do HC 115.254 (Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.12.2015), para estabelecer, como marco para a subsequente progressão, a data em que o apenado preencheu os requisitos legais do art. 112 da LEP e não aquela em que o Juízo das Execuções, em decisão declaratória, deferiu o benefício ou aquela em que o reeducando, efetivamente, foi inserido no atual regime.

2. Destaca-se, portanto, que o termo a quo para nova progressão de regime será a data de efetiva implementação dos requisitos objetivo e subjetivo insertos no art. 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, a data em que teria direito ao benefício, tendo em vista a natureza meramente declaratória da decisão concessiva da progressão de regime.

3. Dessarte, em respeito ao princípio da individualização da pena, a fixação da data-base para futuras progressões dar-se-á caso a caso, quando implementado o último pressuposto pendente, seja ele o subjetivo - na hipótese de ter sido superado o lapso temporal necessário - ou o objetivo - se já preenchido o requisito subjetivo.

4. Assim, "sendo determinada a realização de exame criminológico, reputa-se preenchido o requisito subjetivo no momento da realização do exame favorável ao paciente, razão pela qual deve ser considerado como data-base para nova progressão, mesmo estando o requisito objetivo preenchido em momento anterior. Caso dos autos. Precedente:

HC 414.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017" (AgRg no HC 620.573/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020).

5. Vale salientar que a conclusão favorável do exame não pode ser fragmentada, uma vez que é necessário o trabalho em conjunto da equipe técnica designada para a sua confecção, o que, no caso dos autos, é observado nos pareceres do psicólogo e da assistente social, respectivamente exarados em 23/11 e 9/12/2020, bem como nos relatórios dos Diretores, emitidos em 10/12 e 28/12/2020.

6. Assim, verifica-se que o acórdão estadual encontra-se em harmonia com o entendimento deste Tribunal Superior, ao reconhecer que o termo a quo para a progressão ao regime aberto é a data em que o paciente cumpriu os requisitos objetivo e subjetivo, tendo sido este último implementado com a conclusão definitiva do exame criminológico favorável em 28/12/2020, após a data em que adquiriu o lapso temporal exigido.

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 700.839/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021)".

Há previsão legal que exige que a pena seja cumprida em forma progressiva, ou seja, que o sentenciado desconte um período específico no regime

Acesso ao Sumário

imposto na sua condenação e que seja promovido gradativamente ao convívio social. O lapso exigido tem por escopo aferir a assimilação da terapêutica penal de cada sentenciado, mas não sendo a única exigência a ser preenchida. É necessário que fique, também, comprovado o mérito do sentenciado, nos termos do art. 112 da LEP.

Aliás, na Exposição de Motivos da própria Lei de Execução Penal, o legislador deixou esse objetivo bastante claro:

"118. O projeto dispõe que o regime inicial da execução da pena privativa da liberdade é o estabelecido na sentença de condenação, com observância do artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal (artigo 109). Mas o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações. As mudanças no itinerário da execução consistem na transferência do condenado de regime mais rigoroso para outro menos rigoroso (progressão) ou de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso (regressão).

119. A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, cuja decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação. Quando se tratar de condenado oriundo do sistema fechado, é imprescindível o exame criminológico (artigo 111 e parágrafo único).

120. Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução".

Desse modo, por questão de segurança jurídica e por concordar com o entendimento, julgo que, para fins de cálculo para a constatação do requisito temporal, deva ser adotada como data-base para a progressão ao regime aberto a correspondente à conclusão favorável do exame criminológico ao qual o apenado for submetido para obter a progressão anterior, isto é, o marco será deslocado para a data de comprovação do preenchimento de todas as exigências legais (temporais e meritórias), devendo, portanto, ser mantida a r. decisão guerreada.

3. Em face do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0029655-95.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RENATO RODRIGO ESTEVAM DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, a fim de que se proceda à compensação da fiança recolhida pelo agravante com a pena de multa imposta, extinguindo-se a punibilidade da multa em relação ao Processo nº 0075156-53.2014.8.26.0050. Vencido o E. Desembargador Otávio de Almeida Toledo, que declara.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.758)**

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 dezembro de 2022.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Ação de execução da multa penal proposta – Decisão que afastou a pretendida compensação do valor ofertado a título de fiança com a pena de multa imposta, sob o fundamento de que compete ao Juízo do conhecimento o pretendido abatimento – Descabimento – Inexistência de vedação legal que impeça o conhecimento da matéria pelo Juízo das Execuções, visto a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da condenação – **Decisão reformada, a fim de que o valor da pena de multa imposta seja abatido do valor recolhido a título de fiança, extinguindo-se a punibilidade da multa – Recurso provido.**

VOTO

Cuida-se de agravo em execução penal contra a r. decisão de fls. 61 e 71, que, nos autos da execução da pena de multa imposta no Processo nº 0075156-53.2014.8.26.0050, deixou de descontar o valor da fiança paga pelo sentenciado, sob o fundamento de que *"não cabe a esta serventia certificar sobre eventual valor de fiança recolhido, uma vez que tal análise envolve os documentos do processo de conhecimento (...). No mais, desde já anoto que cabe ao juízo de conhecimento efetuar eventual abatimento entre a fiança e a pena de multa, até mesmo porque, possivelmente, o valor está depositado em conta judicial vinculada àquele juízo"*.

Aponta o agravante o desacerto da decisão, aventando que o valor recolhido como fiança deve ser utilizado para o pagamento da multa, com a con-

Acesso ao Sumário

sequente extinção da punibilidade do sentenciado, competindo ao Juízo das Execuções Penais realizar tal operação, conforme descrito no art. 538 das Normas Judiciais da Corregedoria do TJSP e art. 336 do CPP. Ao final, requer seja abatido o valor da fiança recolhida, julgando extinta a punibilidade da pena de multa; subsidiariamente, pretende *"seja a ação de execução suspensa, com a determinação da devolução de eventuais valores penhorados ou o levantamento de valores bloqueados, para que o exequente proceda o abatimento no juízo de conhecimento e para que ocorra, após o desconto, a extinção do atual processo de execução"* (fls. 01/12).

Contraminuta a fls. 79/81.

Decisão de manutenção às fls. 82.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo (fls. 91/94).

É o relatório.

Da análise dos autos constata-se que Renato foi condenado ao cumprimento das penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 12 dias-multa, no piso, por infração ao art. 155, §4º, IV, do CP, imposta no Processo nº 0075156-53.2014.8.26.0050 (fls. 08), sendo então proposta ação de execução da pena de multa, em cumprimento ao disposto no art. 51 do CP e observância do disposto no art. 170 da LEP e na Lei nº 6.830/80 (fls. 06/07).

O d. Juízo *a quo* determinou a citação do executado para o pagamento (fls. 17/18); e decorrido o prazo legalmente concedido sem que Renato tenha pagado o débito ou ofertado bens à penhora, restou determinada a indisponibilidade de ativos financeiros em seu nome, até o limite do valor apurado (fls. 29/30).

Na sequência, explanou o d. defensor ter o sentenciado recolhido fiança, no importe de R$ 1.000,00, quando então foi colocado em liberdade – requerendo, outrossim, o desconto do valor da fiança na prestação devida, o que foi negado pelo d. Juízo, sob o fundamento de que *"não cabe a esta serventia certificar sobre eventual valor de fiança recolhido, uma vez que tal análise envolve os documentos do processo de conhecimento, os quais podem ser acessados pela própria parte. Outrossim, caso seja o desejo da Defensoria, essa poderá peticionar nesse sentido, diretamente ao juízo de conhecimento. No mais, desde já anoto que cabe ao juízo de conhecimento efetuar eventual abatimento entre a fiança e a pena de multa, até mesmo porque, possivelmente, o valor está depositado em conta judicial vinculada àquele juízo"*.

E, em detida análise, a r. decisão comporta alteração.

Consoante se verifica às fls. 54, recolheu o agravante o valor definido como fiança, respondendo então o feito em liberdade; e consoante dispõe o art. 336 do CPP, *"O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o*

Acesso ao Sumário

réu for condenado".

Da mesma forma, admite a jurisprudência a utilização do valor da fiança para pagamento da prestação pecuniária imposta[1]. E nenhum óbice há que tal compensação seja implementada pelo Juízo da Execução Penal, eis que se revela necessário o trânsito em julgado da condenação para tal providência.

Diante de tal, tendo o agravante recolhido o importe de R$ 1.000,00, a título de fiança (fls. 54), sendo condenado, ao final do processo, ao pagamento de 12 dias-multa – o que corresponde ao valor de R$ 289,60 – a compensação pretendida se mostra medida de rigor, julgando-se, por consequência, extinta a punibilidade da pena de multa, pelo adimplemento.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, a fim de que se proceda à compensação da fiança recolhida pelo agravante com a pena de multa imposta, extinguindo-se a punibilidade da multa em relação ao Processo nº 0075156-53.2014.8.26.0050.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 14)

Data maxima venia dos preclaros Desembargadores Relator e Vogal, reservo estas breves linhas apenas para consignar que entendia mais adequado que o emprego da fiança, recolhida nos autos do processo de conhecimento, perante aquele Juízo, para abatimento da multa, fosse lá requerida, com traslado da decisão que a deferisse aos autos da execução.

Votava, portanto, pelo improvimento do recurso, confirmando a decisão em que o Magistrado das Execuções entendeu necessário que o abatimento fosse requerido ao Juízo ao qual vinculado o depósito dos valores, por parecer a providência que traduziria maior celeridade e segurança à solução da questão.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006773-17.2022.8.26.0026, da Comarca de Osasco, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DENIS NUNES COPULA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ne-

1 AgRg no AREsp 1860042 / DF, 6ª Turma, j. em 15.02.2022.

Acesso ao Sumário

garam provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.301)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e TOLOZA NETO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2023.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – EXAME CRIMINOLÓGICO FAVORÁVEL – CONCESSÃO – POSSIBILIDADE: Presentes os requisitos objetivos e subjetivos à concessão do benefício e estando fundamentada a decisão, correta a progressão de regime prisional, até porque apoiada em pareceres técnicos favoráveis.

VOTO

O representante do MINISTÉRIO PÚBLICO interpõe o presente Agravo em Execução, objetivando a reforma da r. decisão (fls. 49/50) do MM. Juízo do DEECRIM 3ª RAJ, Comarca de Bauru, que deferiu o pedido de progressão ao regime aberto formulado em favor do sentenciado DENIS NUNES COPULA.

Sustenta o Órgão Ministerial que o sentenciado não cumpriu o requisito subjetivo, já que, inobstante favorável o exame criminológico, ele restou contraditório sob os aspectos psicológicos do reeducando, pois assume parcialmente a prática dos delitos a ele imputados, não estando, portanto, apto a progredir (fls.01/13).

Ofertada a contraminuta (fls. 54/62) e mantida a decisão (fls. 63), sobreveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 75/77).

É O RELATÓRIO.

O ora agravado cumpre pena de 10 (dez) anos, 04 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, pela prática de crime de roubo qualificado, com término de cumprimento de pena – TCP - previsto para o ano de 2029 (fls. 42/46).

Verifica-se dos autos que o reeducando, além de cumprir o requisito temporal, conta com atestado de boa conduta disciplinar (fls. 41), tendo sido, inclusive, submetido a exame criminológico que apresentou, através do relatório de avaliação psicológica e social, resultado favorável à progressão, consignando, em síntese, que DENIS assume parcialmente as práticas delitivas, demonstra arrependimento, mantém vínculos familiares e seus planos e metas para o futuro

Acesso ao Sumário

estão dentro de suas possibilidades de realização (fls. 30/40).

Registre-se que o fato do agravado não admitir a prática de um dos delitos a ele imputados não serve de óbice a obtenção do benefício.

Eventual dúvida sobre a possibilidade de retorno gradual ao convívio em sociedade já foi sanada com a realização dos estudos psicológico e social que, repita-se, não tendo sido desfavoráveis, permite a concessão da progressão que, de qualquer modo, poderá ser revogada caso fique demonstrado que não está o sentenciado ainda apto.

Portanto, o agravado satisfaz os requisitos legais em vigência e o magistrado agiu com cautela e prudente arbítrio ao analisar o pedido.

Não se vislumbra, pois, reparo algum a ser efetuado na r. decisão agravada, devidamente fundamentada e obediente à lei.

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao presente agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0002981-51.2022.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é agravante MAURICIO OTAVIO PASCHOAL NETO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO ao agravo interposto, mantida a r. decisão impugnada. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.908)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Decisão que determinou a efetuação do bloqueio mensal da quarta parte da remuneração do sentenciado – Alegação da Defesa quanto à impenhorabilidade do pecúlio – Legítima a determinação do desconto, no limite máximo de quarta parte, no valor da mencionada remuneração, até que se atinja a integralidade da multa penal – Inteligência do art. 29, §§ 1º e 2º, da Lei de Execução

Acesso ao Sumário

Penal – **Negado provimento.**

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo sentenciado **MAURICIO OTAVIO PASCHOAL NETO** contra a r. decisão de fls. 85, que determinou a efetuação do bloqueio mensal da quarta parte de sua remuneração, para pagamento da pena de multa.

Assevera que não há fundamento legal para a penhora de parte da remuneração para a satisfação da multa penal e que o art. 833, inc. IV, do Código de Processo Civil, inclusive, estabelece a impenhorabilidade do pecúlio para a satisfação de dívidas.

Requer, dessa forma, seja reformada a r. decisão guerreada, a fim de que não seja descontado o pecúlio do apenado para adimplemento da multa penal.

Contrariado o recurso (fls. 93/99) e mantida a decisão (fls. 101), manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do agravo (fls. 115/118).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A destinação da remuneração decorrente do trabalho do preso é disciplinada no art. 29, § 1º, e suas alíneas, da Lei de Execução Penal. Numa análise mais afoita, fica a impressão de vinculação apenas às quatro hipóteses do § 1º, mas não é bem assim.

Numa leitura mais atenta do dispositivo, mais precisamente em seu § 2º, ao tratar do depósito da *"parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade"*, em seu preâmbulo estão *"ressalvadas outras aplicações legais"* atinentes à remuneração do encarcerado.

Assim, perfeitamente legítima a determinação do desconto, no limite máximo de quarta parte, no valor da mencionada remuneração, até que se atinja a integralidade da multa penal, cujo recolhimento é destinado ao Fundo de Administração Penitenciária, o que acaba por se adequar ao contexto da alínea "d", do § 1º, art. 29 da Lei de Execução Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO** ao agravo interposto, mantida a r. decisão impugnada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal

nº 0006934-94.2022.8.26.0521, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante FRANKLIN FERMINO DA COSTA MATOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso da Defesa, para anular a decisão de primeiro grau, por não ter sido apreciada a tese de nulidade arguida em preliminar, determinando o retorno dos autos à origem, para que outra seja proferida, com observância do disposto no artigo 381 do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.863)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO – AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE TESE DEFENSIVA – É nula a decisão que deixa de apreciar tese suscitada em alegações finais, já que a análise dela apenas em segundo grau de jurisdição implicaria em supressão de instância. Fundamentação genérica, que não se confunde com fundamentação sucinta, não se podendo cogitar de rejeição implícita. Recurso parcialmente provido, para reconhecer a nulidade da decisão, determinando-se que outra seja proferida.

VOTO

Vistos.

Franklin Fermino da Costa Matos interpôs Agravo em Execução em face da r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da Unidade Regional do Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10 RAJ, Comarca de Sorocaba, nos autos da execução penal nº 0005047-17.2018.8.26.0521, que homologou a falta disciplinar grave cometida por ele em 02.08.2022, determinando a regressão para o regime fechado, a perda de 1/3 do tempo remido, bem como a interrupção do cálculo de penas para fins de progressão de regime (fls. 631).

Em sua minuta, o Agravante arguiu, em preliminar, nulidade do interrogatório realizado sem a presença de defensor constituído. No mérito, requereu a

Acesso ao Sumário

absolvição da falta, alegando, em síntese, atipicidade da conduta ou insuficiência probatória (fls. 02/10).

O Agravo foi processado, vindo aos autos a contraminuta (fls. 660/665).

A r. decisão recorrida foi mantida (fls. 666).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do Agravo, mantendo-se na íntegra a r. decisão impugnada (fls. 678/683).

É o relatório.

Consta ter sido instaurado regular procedimento disciplinar para apuração de falta grave praticada pelo ora agravante, em 02.08.2022, durante o cumprimento da pena privativa de liberdade na Penitenciária de Capela do Alto.

Ao final, a autoridade administrativa da unidade prisional concluiu pela prática de falta disciplinar de natureza grave, consistente em infração ao disposto no artigo 46, inciso IV, da Resolução SAP 144/2010, e artigo 50, inciso VII, da Lei nº 7.210/84, aplicando as sanções de 30 dias de privação em cela disciplinar; bem como fixando o prazo de 12 meses para a reabilitação de conduta (fls. 608/613 e 614), sendo a falta disciplinar homologada pelo Juízo *a quo* em 16.09.2022 (fls. 631).

Todavia, *in casu*, em que pesem as contrarrazões do Ministério Público, impõe-se o reconhecimento da nulidade da decisão que homologou a falta grave pela não apreciação do pedido da Defesa de reconhecimento da nulidade pelo interrogatório ter sido realizado sem a presença de defensor constituído.

Com efeito, da simples leitura de decisão, observa-se que efetivamente não foi apreciada a tese preliminar de nulidade por não ter o sentenciado sido acompanhado de seu defensor constituído no seu interrogatório, constante expressamente nas alegações finais da Defesa (fls. 624/630), bem como nos embargos de declaração por ela opostos (fls. 643/649).

De fato, o Juízo *a quo* se limitou a afirmar, na fundamentação, que: *"Acerca dos fatos o(a) sindicado(a) foi ouvido(a) e negou os fatos, afirmou que não estava na posse de nenhum aparelho celular e não sabia tinha conhecimento sobre o servidor municipal que teria emprestado o aparelho aos reeducandos (fls. 581).*

A conclusão da Comissão Sindicante, à vista das provas produzidas, foi pela caracterização de falta disciplinar de natureza grave - que homologo, haja vista que o sindicado, a par de não justificar sua conduta, incorreu na prática de infração grave, da qual não deve ser absolvido ou a qual não deve ser desclassificada para média, como requerido pela Defesa." (fls. 631), após o que passou ao dispositivo da decisão, estabelecendo as consequências advindas da falta homologada. Confira-se que tal argumentação foi demasiadamente genérica, deixando de apresentar quaisquer referências ou esclarecimentos relativos à nulidade suscitada, sendo certo que o fato de se afirmar que o sentenciado foi

Acesso ao Sumário

ouvido e negou os fatos, por si só, não refuta as alegações da Defesa neste ponto.

Consigne-se que é nula a decisão que se omite na apreciação das teses aventadas pela Defesa em alegações finais, não se podendo cogitar de rejeição implícita por argumentos genéricos, uma vez que o julgador deve apreciar todas as questões arguidas pelas partes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional.

Sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabete ensina que: *"Como a sentença deve ser completa, é nula a sentença se o juiz deixar de examinar toda a matéria articulada ou de considerar todos os fatos articulados na denúncia contra o réu (sentença citra petita). Da mesma forma, é eivada de nulidade a sentença que não responde a alegações da defesa, seja de mérito, seja de preliminar arguida oportunamente"* (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª edição, Ed. Atlas, pág. 824)

Considere-se, ainda, que a apreciação da tese em questão, reiterada na minuta do Agravo de Execução, por este Tribunal, implicaria em supressão de instância.

Destarte, tendo a decisão recorrida deixado de enfrentar matéria expressamente suscitada pela Defesa, não se tratando de mera fundamentação sucinta, mas de efetiva ausência de fundamentação, forçoso reconhecer a nulidade da decisão, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, ficando prejudicada a análise do mérito do recurso.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da Defesa, para anular a decisão de primeiro grau, por não ter sido apreciada a tese de nulidade arguida em preliminar, determinando o retorno dos autos à origem, para que outra seja proferida, com observância do disposto no artigo 381 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0015336-87.2022.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DENILTON DOS SANTOS SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.028)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO

Acesso ao Sumário

ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2023.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso ministerial. Determinação de contagem do prazo de 06 anos (01 ano de suspensão e prazo prescricional de 05 anos, com aplicação da Lei n. 6.830/80), caso o agravado não seja encontrado para citação na execução da pena de multa, não efetue o pagamento da sanção pecuniária ou não indique bens à penhora. Pedido ministerial de realização do cálculo prescricional à luz do disposto no artigo 114, incisos I e II, do Código Penal. Cabimento. Sanção pecuniária que tem natureza penal. Precedentes do STF. Embora o artigo 51 do Código Penal disponha que serão aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública com relação à execução da pena de multa, notadamente as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, é certo que o prazo prescricional permanece sendo regido pelo artigo 114, Código Penal. Cálculo prescricional da pena de multa, após a suspensão pelo prazo de 01 ano, que deve ser realizado nos termos do artigo 114, incisos I e II, do Código Penal. Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Atis de Araujo Oliveira, da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente, que determinou a contagem do prazo de 06 anos (01 ano de suspensão e prazo prescricional de 05 anos, com aplicação da Lei n. 6.830/80), caso DENILTON DOS SANTOS SILVA não seja encontrado para citação na execução da pena de multa, não efetue o pagamento da sanção pecuniária ou não indique bens à penhora (fls. 39/44).

Em razões de recurso, pretende o Ministério Público a cassação da r. decisão, a fim de que seja determinada a realização do cálculo prescricional à luz do disposto no artigo 114, incisos I e II, do Código Penal, bem como das causas suspensivas e interruptivas previstas na legislação penal e nas normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública (fls. 01/12).

Acesso ao Sumário

O recurso foi devidamente processado e respondido em contraminuta pela Defesa, que requereu o seu não provimento (fls. 50/61).

Mantida a decisão pelo i. magistrado de primeiro grau (fls. 62), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que apresentou parecer da lavra do Dr. Avelino Grota, opinando pelo provimento do agravo (fls. 71/74).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

O agravado foi condenado devido a prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal (fls. 16).

O Ministério Público ajuizou ação de execução da pena de multa, cujo débito corresponde à quantia de R$ 660,00 (fls. 13/16).

O d. juízo *a quo* extinguiu a ação de execução promovida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que a pena de multa não alcançou o valor mínimo exigido pelo artigo 1º, da Lei Estadual n. 14.272/2010,[1] decisão que foi objeto de recurso pelo *Parquet*.

Por decisão desta 16ª Câmara de Direito Criminal, foi dado provimento ao agravo ministerial, a fim de determinar o prosseguimento da execução da pena de multa (fls. 29/37).

Após, o d. juízo *a quo* determinou a citação do executado para pagamento e, caso não seja encontrado, não efetue o pagamento da sanção pecuniária ou não indique bens à penhora, impôs a suspensão da execução pelo prazo de 01 ano, após o que correrá o prazo prescricional de 05 anos, nos termos da Lei n. 6.830/80 (fls. 39/44).

Com razão o Ministério Público quanto ao pleito de cassação da referida decisão.

A despeito de a Lei n. 9.268/96 ter alterado a redação do artigo 51 do Código Penal, modificando o procedimento de cobrança da pena de multa, que passou a ser considerada como dívida de valor, entendo que referida alteração não retirou a sua natureza jurídica de sanção penal.

Conforme já manifestado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Execução Penal n. 16,[2] a nova redação do artigo 51 do Código Penal, trouxe duas consequências com relação à pena de multa: (i) impedir a sua conversão em pena privativa de liberdade; e (ii) permitir a correção monetária e a cobrança como dívida ativa.

Contudo, consoante expressamente reconhecido pela Corte Constitucio-

1 Artigo 1º - Fica o Poder Executivo, por meio dos órgãos competentes da Procuradoria Geral do Estado, autorizado a não propor ações, inclusive execuções fiscais, assim como requerer a desistência das ajuizadas, para cobrança de débitos de natureza tributária ou não tributária, cujos valores atualizados não ultrapassem 1.200 (mil e duzentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs

2 STF - Tribunal Pleno Rel. Min. Roberto Barroso - EP 16 ProgReg-AgR - Julgado em 15/04/2015, DJe-093 em 19-05-2015, publicado em 20-05-2015.

Acesso ao Sumário

nal naquele julgado, a alteração operada não retirou a natureza de sanção penal da multa, conferida pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLVI, alínea "c")[3] e pelo Código Penal (artigo 32).[4]

Nesse sentido, o i. Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou em seu voto a manutenção do caráter de sanção penal da pena de multa:

> **A referida modificação legislativa não retirou da multa o seu caráter de pena, de sanção criminal. Em rigor, sequer poderia cogitar em fazê-lo, uma vez que o artigo 5º, XLVI, da Constituição, ao cuidar da individualização da pena, faz menção expressa à multa, ao lado da privação da liberdade e de outras modalidades de sanção penal.** Coerentemente, o art. 32 do Código Penal, ao contemplar as espécies de pena, listou expressamente a multa (art. 32, III). (...) À vista das premissas acima estabelecidas, chego às seguintes conclusões parciais: **(i) a pena de multa não perdeu o seu caráter de sanção penal;** (...) (grifo nosso).

Ademais, quando do julgamento da ADI 3150, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reforçou o entendimento de que a Lei n. 9.268/1996 não retirou o caráter de sanção criminal da pena de multa, estabelecendo que o Ministério Público possui legitimidade prioritária para sua execução:

> Execução penal. Constitucional. **Ação direta de inconstitucionalidade. Pena de multa. Legitimidade prioritária do Ministério Público.** Necessidade de interpretação conforme. Procedência parcial do pedido.
>
> 1. **A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal.**
>
> 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais.
>
> 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na

Acesso ao Sumário

3 XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;

4 Art. 32 - As penas são:
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa.

> Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias).
>
> 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão "aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição", não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980.[5]

A propósito, a recente redação do artigo 51 do Código Penal, dada pela Lei n. 13.964/2019, reforça o caráter de sanção penal da multa, na medida em que dispõe que ela será executada perante o juízo das execuções penais, *in verbis*:

> Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Embora o sobredito artigo 51 do Código Penal disponha que serão aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública com relação à execução da pena de multa, notadamente as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, é certo que o prazo prescricional permanece sendo regido pelo artigo 114, Código Penal.

Sobre o assunto, este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCOR-

Acesso ao Sumário

5 ADI 3150, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019.

RÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA. DÍVIDA DE VALOR. PRAZO DO ART. 114, II, DO CP. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Ausente ofensa ao princípio da colegialidade nos casos em que o agravo em recurso especial é improvido, monocraticamente, com esteio em jurisprudência dominante desta Corte superior.

2. Prevalece o entendimento de que a nova redação do art. 51 do Código Penal não retirou o caráter penal da multa. Assim, embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na Lei n. 6.830/80 e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do Código Tributário Nacional, o prazo prescricional continua sendo regido pelo art. 114, inciso II, Código Penal (HC 394.591/AM, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 27/09/2017).

3. O prazo prescricional da pena de multa é o mesmo da pena privativa de liberdade cumulativamente aplicada, nos termos do art. 114, inciso II, do CP.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.249.343/ES, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe de 4/10/2018.)

No mesmo sentido, entende esta 16ª Câmara de Direito Criminal:

Agravo de execução. Recurso do Ministério Público. Execução da pena de multa. **Sanção pecuniária que preserva sua natureza penal. Prazo prescricional da pena de multa a ser regulado pelo artigo 114 do Código Penal.** Precedentes. Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0001368-87.2022.8.26.0482; Relator: Marcos

Alexandre Coelho Zilli; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 2ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 14/06/2022; Data de Registro: 14/06/2022)

A r. decisão combatida, portanto, comporta reforma, devendo o cálculo prescricional da pena de multa, após a suspensão pelo prazo de 01 ano, ser realizado nos termos do artigo 114, incisos I e II, do Código Penal.

Anoto que, ainda que o i. representante do Ministério Público tenha pugnado de forma genérica pela aplicação das causas suspensivas e interruptivas previstas na legislação penal e nas normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, é certo que, na decisão impugnada, o d. juízo *a quo* aplicou o artigo 40, da Lei n. 6.830/80, determinando a suspensão da execução por um ano caso o

executado não seja encontrado e também não sejam localizados bens penhoráveis, sendo certo que, com relação a esse ponto, o *Parquet* entendeu que *"é de rigor manter essa causa de suspensão do prazo prescricional da pena de multa"* (fls. 11). Assim, nada a reparar com relação à suspensão da execução por um ano nos sobreditos termos, sendo certo que o pedido genérico do Ministério Público em relação às causas suspensivas e interruptivas da prescrição não pode ser conhecido, mesmo porque sequer foi objeto de enfrentamento pelo d. juízo *a quo*.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo ministerial, a fim de cassar a r. decisão impugnada, determinando que o cálculo prescricional da execução da pena de multa imposta a DENILTON DOS SANTOS SILVA seja realizado nos termos do artigo 114, incisos I e II, do Código Penal.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000010-67.2013.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante ROGÉRIO MARTINS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso para submeter o réu a novo júri, consoante o art. 593, § 3º, do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.360)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI E PAULO ROSSI.

São Paulo, 6 de dezembro de 2022.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Homicídio simples e lesão corporal grave – incidente de trânsito – réu embriagado – mera presunção de que atuou com dolo eventual – nenhuma prova de que preordenada a embriaguez – condenação manifestamente contrária à prova dos autos – entendimento do STF – provimento ao recurso para submeter o réu a novo júri, nos termos do art. 593, § 3º, do CPP

Acesso ao Sumário

VOTO

Rogério Martins da Silva foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Salto a 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, "caput", e § 4º, e no art. 129, § 1º, II e § 7º, ambos do Código Penal (fls. 619/623).

Irresignado, pretende a desclassificação das condutas para as formas culposas de cada delito, consoante previsto no Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que manifestamente contrário à prova dos autos o reconhecimento do dolo eventual.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 651/659), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Consta da denúncia que, na madrugada de 22 de dezembro de 2012, o réu, após consumir bebidas alcoólicas, assumiu a direção de seu "Fiat/Palio" e tomou a estrada de Itu para Salto. Ao entrar em avenida, em velocidade excessiva, desobedeceu sinal semafórico de parada e veio a colidir fortemente contra o carro conduzido por Edneia Gonçalves de Oliveira e ocupado também por Meire Garcia de Oliveira, Ítalo Rodrigues Figueiredo, Rayssa Eduarda Oliveira Figueiredo, Letícia Gabriela Oliveira da Silva e Rafael Augusto de Oliveira da Silva.

O embate causou traumas crânio-encefálico e toráxico em Meire, o que resultou em sua morte. Rayssa e Rafael sofreram ferimentos graves, e Ítalo e Ednéia, lesões leves. Letícia saiu ilesa do episódio.

A exordial atribuiu ao acusado a prática de crimes dolosos de homicídio e tentativas de homicídio, além da infração do art. 306 do CTB. A intenção de provocar os delitos contra a vida decorreria do "estado de completa embriaguez" com que conduzia o automóvel. "Apresentava dificuldade para permanecer de pé, odor etílico, olhos avermelhados e, o mais importante, 1,7g de álcool por litro de sangue (fl. 71). Imprimia velocidade excessiva ao automotor e não observou sinal de parada ('vermelho') do semáforo que se encontrava à sua frente. Desse modo, assumiu todos os riscos inerentes à condução temerária que empreendia. O acusado visualizou e pôde prever o óbito e a possibilidade de óbito das vítimas como resultado possível de sua conduta. Contudo, os gravíssimos eventos finais soaram-lhe indiferentes. Preferiu, pois, que eles ocorressem a desistir de trafegar embriagado, em velocidade excessiva e sem observar a sinalização do local" (fl. 01-C).

Acesso ao Sumário

Houve pronúncia nos termos da vestibular (fls. 358/359), sem que o decreto se debruçasse sobre a correção ou não da classificação fornecida para os fatos. Rogério interpôs apelação, não conhecida (fl. 394), o mesmo destino dado a carta testemunhável subsequente (fls. 497/501).

A questão do dolo, portanto, não foi submetida à apreciação da segunda instância no momento adequado.

O feito seguiu seu trâmite e os jurados condenaram o réu por homicídio doloso contra Meire, lesão corporal grave contra Rafael e lesões corporais leves contra Ítalo, Rayssa e Edneia, além de embriaguez ao volante. Ocorrida, porém, prescrição quanto às últimas infrações, punidas com detenção.

A hipótese é de envio do caso a novo júri, manifestamente contrária aos elementos de convicção colhidos a conclusão de que o acusado atuou dolosamente na hipótese.

Com efeito, segundo se verifica da denúncia, a atribuição de delitos dolosos derivou de mera presunção, inferida do estado de embriaguez do apelante. Ao consumir álcool e dirigir, teria assumido o risco de provocar os resultados.

No entanto, a embriaguez alcoólica que conduz á responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, quando comprovado que o agente se embebedou para praticar o delito ou assumir o risco de produzi-lo.

Não há qualquer demonstração de que o acusado tenha bebido com tais propósitos. Ele disse somente que bebeu duas latas de cerveja e foi dirigir em noite escura e chuvosa, mas a baixa velocidade. Acredita que as vítimas tenham cruzado o sinal vermelho (fl. 333). Desse cenário se origina a manifesta contrariedade do veredito à prova amealhada.

Nesse sentido, em situação semelhante, julgado do Supremo Tribunal Federal:

> **"PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA**. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influindo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte.

Acesso ao Sumário

5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que 'O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato'. (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A revaloração jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela *lex mitior*, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub judice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP" (HC 107801, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011 grifos nossos).

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux trouxe a elucidativa lição de Guilherme de Souza Nucci sobre o tema:

"A teoria da actio libera in causa: com base no princípio de que a 'causa da causa também é a causa do que foi causado', leva-se em consideração que, no momento de se embriagar, o agente pode ter agido dolosa ou culposamente, projetando-se esse elemento subjetivo para o instante da conduta criminosa. Assim, quando o indivíduo, resolvendo encorajar-se para cometer um delito qualquer, ingere substância entorpecente para colocar-se, propositadamente, em situação de inimputabilidade, deve responder pelo que fez dolosamente afinal, o elemento subjetivo estava presente no ato de ingerir a bebida ou a droga. Por outro lado, quando o agente, sabendo que irá dirigir um veículo, por exemplo, bebe antes de fazê-lo, precipita a sua imprudência para o momento em que atropelar e matar um passante. Responderá por homicídio culposo, pois o elemento subjetivo do crime projeta-se no momento de ingestão da bebida para o instante do delito" (Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243).

Invoca também as palavras de Rogério Greco:

"Pela definição de *actio libera in causa* fornecida por Narcélio

Acesso ao Sumário

de Queiroz, percebemos que o agente pode embriagar-se preordenadamente, com a finalidade de praticar uma infração penal, oportunidade em que, se vier a cometê-la, o resultado lhe será imputado a título de dolo, sendo, ainda, agravada a sua pena em razão da existência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, "l", do Código Penal, ou, querendo ou não se embriagar, mas sem a finalidade de praticar qualquer infração penal, se o agente vier a causar um resultado lesivo, este lhe poderá ser atribuído, geralmente, a título de culpa" (Curso de Direito Penal: parte geral, 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 455).

E encerra com os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, que afastam até mesmo a necessidade de se analisar a teoria da "actio libera in causa" em hipóteses como a deste feito:

"Vimos a estrutura do tipo culposo, e ela revela-nos claramente que quando aquele que se coloca em estado ou situação de inculpabilidade viola um dever de cuidado, está preenchendo os requisitos da tipicidade culposa, e não há necessidade de recorrer-se à teoria da actio libera in causa. Aquele que bebe até embriagar-se, sem saber que efeitos o álcool causa sobre seu psiquismo, ou quem 'para experimentar', ingere um psicofármaco cujos efeitos desconhece, ou quem injuria outro sem considerar que pode ele ter uma reação violenta, está, obviamente, violando um dever de cuidado. Se sua conduta violadora do dever de cuidado, em qualquer desses casos, causa uma lesão a alguém, teremos perfeitamente configurada a tipicidade culposa, sem que seja necessário recorrer à teoria da actio libera in causa. Isto porque a conduta típica violadora do dever de cuidado é, precisamente, a de beber, ingerir o psicofármaco e injuriar, respectivamente, e, no momento de cometer este injusto culposo, o sujeito encontrava-se em estado e em situação de culpabilidade, pelo que é perfeitamente reprovável. Consequentemente, não tem sentido falar de actio libera in causa culposa, devendo o âmbito dessa teoria reduzir-se ao dolo. (Manual de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, 9. ed São Paulo: RT, 2011, p. 460).

Inegável que, eventualmente, possível o reconhecimento do dolo eventual em casos de acidentes de trânsito. Mas inadmissível a sua identificação exclusivamente com base em presunção decorrente de embriaguez do condutor, sem qualquer outra prova de que tenha assumido o risco de cometer os ilícitos.

Ante a incompatibilidade do decidido pelo Tribunal Popular com os elementos produzidos, descabe desclassificar as condutas. A solução é a remessa dos autos a novo julgamento, nos termos do art. 593, § 3º, do CPP.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para submeter o réu a novo júri, consoante o art. 593, § 3º, do CPP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0001609-20.2017.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MARCELO DE ALMEIDA SAMPAIO DAVOLI, é apelado 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: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. João Pedro Vidal 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 44.980)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 13 de dezembro de 2022.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – FEMINICÍDIO TENTADO – DOSIMETRIA – Pena rasa – Insuficiência – Pena-base acrescida no mínimo legal em razão das circunstâncias e consequências do crime – Confissão inexistente – Limitando-se a confirmar ter estado no local dos fatos, mas não o crime, o réu não contribuiu com a busca da verdade real e, por isso, não merece o abrandamento legal – **Redutores máximos pela tentativa e semi-imputabilidade – Insuficiência – Conduta que por pouco não alcançou a consumação, percorrendo grande parte do iter criminis, além da capacidade de entendimento ou determinação estarem minimamente prejudicados – Abrandamento do regime prisional e expedição de guia provisória em busca de progressão – Insuficiência e prejudicialidade – Tratando-se de crime equiparado a hediondo, a fixação da modalidade intermediária já beneficiou sobremaneira o réu que, tendo alcançado no juízo monocrático a expedição da guia provisória, tornou prejudicado o pleito – Erro material na dosimetria – Redução em patamar inferior ao mínimo legal em razão da semi -imputabilidade – Revisão – Necessidade – Recurso parcialmente provido para abrandamento da pena.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **MARCELO DE ALMEIDA SAMPAIO DAVOLI** contra a r. sentença de fls. 1295/1297 e 1342/1343 que o condenou por incursão ao art. 121, § 2º, VI, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal, a **08 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.**

Consta da denúncia, resumidamente, que na tarde de 13 de novembro de 2017, por volta das 15h40, agindo com evidente *animus necandi*, por motivo fútil (afastado na pronúncia) e contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, o réu tentou matar sua madrasta Fabiana de Freitas, não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade. Segundo apurado, a vítima Fabiana estava em seu quarto, quando ouviu seus cães latirem e, na sequência, chutes na porta de seu quarto efetuados pelo réu que, entretanto, desistiu da abertura e, depois de subir ao telhado e ingressar no banheiro de outro quarto, perseguiu a ofendida que desceu a escada, oportunidade em que, munido de uma faca de cozinha, começou a desferir golpes no pescoço da madrasta que se abaixou e se defendeu com as mãos, tendo o golpe a atingido, entretanto, o seio esquerdo, local em que a lâmina, ao se separar do cabo, ficou inserida. Na sequência a vítima empurrou o réu, que caiu de costas na escada, o que permitiu sua fuga para se trancar num quarto e acionar socorro de familiares e da Polícia Militar que, ao atender à ocorrência, encontrou o réu segurando alguns objetos e aparentando comportamento alterado (fls. 106/108).

Inconformado, busca a revisão da dosimetria com manutenção da pena -base rasa, já que não indicada qual circunstância judicial foi considerada como negativa tendo havido, ainda, *bis in idem* na consideração de que o feminicídio foi praticado contra mulher e inadequado reconhecimento de trauma emocional, comum ao tipo e que não restou comprovado cabendo, por fim, desconsiderar-se ter sido o crime cometido sob influência de entorpecentes, já que é dependente químico, circunstância, inclusive, que causou a redução da pena na terceira fase. Quer, de outro lado, o reconhecimento da confissão como atenuante e, por fim, aplicação do redutor máximo em razão da tentativa e da semi- imputabilidade com o consequente abrandamento do regime prisional, ainda que observado o art. 387, § 2º, do CPP ou, subsidiariamente, determinar a expedição de sua guia de execução provisória para que possa pleitear os benefícios de progressão de regime junto ao d. Juízo competente (fls. 1392/1415).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 1432/1437) e determinada a expedição de guia de recolhimento provisória (fls. 1453), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1471/1474).

Relatei.

Inicialmente cabe lembrar que nos casos de apelação contra decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, inclusive por conta da soberania da decisão dos

Acesso ao Sumário

jurados, aplica-se a regra do tantum *devolutum quantum appellatum*, nos termos da Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal: *"O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição"*.

E como a insurgência defensiva limita-se à dosimetria e seus efeitos na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, somente tais pontos serão analisados.

A combativa defesa reclama não ter sido apontada nenhuma circunstância judicial negativa, bem como existência de bis in idem na consideração de que o crime um feminicídio, foi praticado contra mulher.

Aponta, ainda, inaceitável o reconhecimento de trauma emocional, comum ao tipo e que não restou comprovado buscando, ainda, a desconsideração de que o crime foi cometido sob efeito de drogas, o que acabou implicando em diminuição da pena na última fase, o que seria um contrassenso.

Em sua decisão o culto magistrado, contudo, justificou a exasperação da base levando em conta as circunstâncias do crime, durante o qual *"O réu invadiu o domicílio da vítima sob o efeito de cocaína, 'crack' e álcool e atacou a esposa de seu próprio pai com uma faca" (sic)* e suas consequências, já que *"A vítima, em decorrência dos fatos, sofreu não apenas ofensa a sua integridade física mas também psíquica, experimentando trauma emocional que repercute até os dias atuais" (sic)* (fls. 1296) e, por isso, optou pela elevação da pena no grau mínimo, de 1/6, resultando em pena inicial de 14 anos de reclusão.

O fato de estar sob efeito de álcool ou entorpecentes, ainda que afastado, não traria, assim, modificação alguma aos cálculos, mais parecendo ter sido tal situação citada para contextualizar os fatos, não como causa de exasperação do ataque à esposa do próprio pai.

O trauma deixado à vítima, de outro lado, ficou notório em sua oitiva, não sendo necessário um laudo psicológico ou psiquiátrico para sua demonstração e, mais uma vez, ainda que fosse afastado, não implicaria em manutenção da base mínima.

Acesso ao Sumário

Lembre-se que o procedimento de dosimetria da pena envolve um acentuado grau de subjetividade do magistrado, cabendo ao juiz, na sua atividade de fixar o *quantum* da sanção, dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei, agir com certa discricionariedade, poder que embora esteja sujeito a controle por uma instância revisora, daí falar-se em um "processo de discricionariedade vinculada", como leciona Guilherme de Souza Nucci (Individualização da pena, RT, 2ª ed., p. 146) não permite precisão matemática, embora deva respeito ao princípio da proporcionalidade.

O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena e tanto a presença de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única de especial gravidade auto-

rizam a exasperação acima do mínimo legal.

De outro lado, a pena também é defesa social. O rigor na imposição da sanção criminal é um imperativo de justiça em defesa dos superiores interesses sociais, tão açoitados nos tempos atuais por uma criminalidade cada vez mais crescente e diversificada.

Deve-se afastar, ainda, a cultura da pena mínima sem que circunstâncias peculiares e gravidade de cada delito sejam analisadas. Pena-base não é sinônimo de pena mínima que, aplicada indistintamente a situações diferenciadas, traz inaceitável sensação de impunidade à sociedade, além de ferir o princípio da individualização das penas – tratando cada sujeito e conduta de forma individual lembrando-se, ainda, que a pena deve ser *"necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime"* (Código Penal, art. 59, caput, do Código Penal).

Se o legislador estabeleceu um patamar entre a pena mínima e a máxima, e previu inúmeras circunstâncias que acarretam e determinam a avaliação e a individualização da pena mais justa de acordo com a efetiva gravidade de cada conduta e análise das condições pessoais de cada réu, deve-se atentar mais criteriosamente para tais circunstâncias.

E, no caso dos autos, as circunstâncias e consequências, consideradas e apontadas, estão a justificar e impor o rigor necessário na punição, e a fixação da pena-base acima do patamar raso.

Assim sendo, desde que o magistrado não tenha desbordado de um quadro de razoabilidade, há que se prestigiar a pena imposta na sentença, cabendo destacar que o juiz monocrático, diante do vínculo direto com as partes e, portanto, da proximidade com o fato, encontra-se em posição privilegiada para fixar a pena mais adequada.

Neste sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. CAUSA DE AUMENTO. ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. SUPRIMENTO POR OUTRAS PROVAS, INCLUSIVE TESTEMUNHAL. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. CRIMES ANTERIORES. IMPOSSIBILIDADE. PENA INALTERADA. REPRIMENDA REDUZIDA AO PISO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e

Acesso ao Sumário

em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena (...)" (HC 448.236/SP, STJ-5ªT, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 26/06/2018).

Não houve, de outro lado, efetiva confissão, pois *"Muito embora o réu tenha adotado a louvável atitude de reconhecer sua presença na cena do crime e dizer-se arrependido, fato é que ele afirmou não se recorda de ter tomado de uma faca e tão pouco de ter golpeado a vítima"* (sic) (fls. 1296).

MARCELO, desde as fases anteriores, sempre alegou não se lembrar do que aconteceu, embora admitindo ter estado no imóvel, local dos fatos, não trazendo narrativa que pudesse auxiliar na busca da verdade real.

Segundo já se entendeu no E. Superior Tribunal de Justiça: *"a confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal"* (HC 129278/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 25/05/2009).

Ademais, a prisão em situação flagrancial refratária à atenuante da confissão, porquanto reservada a situações de legítima espontaneidade e colaboração com a busca da verdade real, o que evidentemente não ocorre quando o indivíduo é detido em flagrante e apenas confirma os fatos já descortinados pela diligente atuação estatal através do poder de polícia que lhe é inerente.

Neste sentido veja-se os habeas corpus da 1ª Turma do E. STF: 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, DJe. 09/05/2011; 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe. 1º/07/2011 e 102002/RS, rel. Min. Luiz Fux, DJe. 09/12/2011.

O Pretório Excelso não diverge de tal entendimento:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO IMPRÓPRIO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. HIPÓTESE EM QUE O PACIENTE ADMITE FATO DIVERSO DO COMPROVADO NOS AUTOS. INCOMPATIBILIDADE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A PRISÃO EM FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA.

1. A atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal (ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime), configuradora da confissão, não se verifica quando se refere a fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, porquanto, ao invés de colaborar com o Judiciário na elucidação dos fatos, dificulta o deslinde do caso. Precedentes: HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011; HC 94295/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 31/10/2008.

2. In casu, o paciente admitiu a subtração dos bens, mas não a violência

Acesso ao Sumário

e a grave ameaça, que restaram comprovadas nos autos, sendo certo que tal estratégia, ao invés de colaborar com os interesses da Justiça na busca da verdade processual, visou apenas a confundir o Juízo diante da prisão em flagrante do paciente.

3. A atenuante da confissão espontânea é inaplicável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante, como no caso sub judice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 9/5/2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011.

4. Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada. (STF - HC 102002/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 09/05/2011).

"PENA-BASE TRÁFICO DE ENTORPECENTES BALIZAMENTO DO TIPO CINCO A QUINZE ANOS FIXAÇÃO EM DEZ ANOS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Surge fundamentada a decisão que implica a fixação da pena-base em dez anos de reclusão ante a culpabilidade e as circunstâncias do crime. CONFISSÃO ESPONTÂNEA ATENUANTE. Em se tratando de situação concreta em que ocorrida a prisão em flagrante, em razão do transporte de vultosa quantidade de droga, descabe cogitar da atenuante da confissão espontânea, no que esta última tem como objetivo colaborar com o Judiciário na elucidação da verdade real" (STF - HC 101861/MS, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 09/05/2011).

Não era o caso, de outro lado, de se aplicar índice maior de redução pela tentativa, vez que o iter criminis foi percorrido praticamente em sua integralidade, somente não sobrevindo a consumação porque, primeiro, a lâmina se separou do cabo, impedindo a continuidade dos golpes e, segundo, a ofendida empurrou o réu que caiu de costas na escada, oportunidade em que fugiu e se trancou no quarto, impedindo que o agressor prosseguisse em seu intento criminoso.

A semi-imputabilidade, ainda, foi considerada em seu grau mínimo porque a capacidade de entendimento e determinação do réu, embora reduzidas pela ingestão de entorpecentes, não impediram a defesa pessoal em Plenário, praticada com desenvoltura, coerência e clareza, ficando claro não ter havido grave comprometimento em sua higidez mental.

Percebe-se, contudo, ter havido erro material na dosimetria que precisar ser corrigido.

Partindo da pena-base fixada em patamar 1/6 acima do mínimo para a figura qualificada, ou seja, 14 anos de reclusão, com posterior redução mínima pela tentativa, a pena foi abrandada para 09 anos e 04 meses, mas embora considerada a redução prevista no art. 26, § único do Código Penal, a fração mínima,

Acesso ao Sumário

de 1/3, não foi respeitada e, agora aplicada, conduz a pena ao patamar definitivo de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão.

O regime prisional, já fixada a modalidade intermediária, não merece abrandamento.

Tratando-se, inclusive, de crime equiparado a hediondo, deveria o culto magistrado ter optado pelo regime mais gravoso, já tendo o réu sido beneficiado bastante.

O pleito alternativo, para determinação de expedição de guia de execução provisória, por fim, já foi alcançado no juízo monocrático tornando-se, por isso, prejudicado.

Nada mais, portanto, além do erro material na dosimetria, há para ser modificado na bem lançada decisão monocrática.

Considera-se, ainda, prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida, como ocorreu no caso sub judice.

Posto isto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação interposta, apenas para redução das penas e, por incursão ao art. 121, § 2º, VI, c.c. art. 14, II e 26, § único, todos do Código Penal, manter a condenação de MARCELO DE ALMEIDA SAMPAIO DAVOLI, agora com fixação de 06 anos, 02 meses e 20 dias reclusão, mantido o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0008892-15.2017.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante C. M. DA C., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Ante o exposto, por maioria, afastada a temática preliminar, "DERAM PROVIMENTO ao recurso, a fim de absolver o réu Celso Mendes da Cunha da falta que lhe fora irrogada na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do E. Revisor, ora relator designado", vencido o E. Relator Sorteado, Des. Moreira da Silva, que negava provimento, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.148)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO, vencedor, MOREIRA DA SILVA, vencido, MARCELO SEMER (Presidente).

São Paulo, 19 de dezembro de 2022.

Acesso ao Sumário

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Coação no curso do processo – Sentença condenatória – Recurso Defensivo – Preliminar rechaçada – Vício inexistente – Fragilidade do conjunto probatório – Dúvida razoável que deve favorecer o réu – Absolvição de rigor – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 252/256) que julgou procedente a ação penal e condenou **Celso Mendes da Cunha** como incurso no artigo 344, caput, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso legal.

Inconformado, apela o réu (fls.279/307). Preliminarmente, argui nulidade processual por ausência de realização de exame grafotécnico. No mérito, pretende, em síntese, a absolvição, pela atipicidade da conduta e fragilidade probatória. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para o crime de ameaça, redução das penas e abrandamento do regime.

Respondido o recurso (fls. 321/324), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento (fls. 339/345).

É o relatório.

Segundo a incoativa, o acionado, nas circunstâncias espaço-temporais ali descritas, usou de grave ameaça, consistente em promessa de morte, com o fim de favorecer interesse próprio, contra pessoa chamada a intervir no processo-crime nº 0017317-22.2003.8.26.0320, que tramitou perante aquela Comarca, como autoridade judicial.

Na data dos fatos, o acusado encaminhou carta para o Exmo. Sr. Rogério *Danna Chaib*, ameaçando-o, após ser condenado à pena de 30 (trinta) anos de reclusão por crime hediondo de homicídio duplamente qualificado, durante tramitação do processo judicial supramencionado.

Dito isto, com todas as vênias ao d. relator sorteado, pelo meu voto, o apelo defensivo merece acolhimento e por dois aspectos: inocorrência de dados que fizessem crer o propósito de constranger, e sua efetiva ocorrência, além de impropriedade do meio utilizado, porquanto escoada a atuação do destinatário no processo.

De proêmio, afasta-se a preliminar de nulidade do feito suscitada pela Defesa.

Isso porque inexiste qualquer dúvida quanto a autoria da carta dirigida à

Acesso ao Sumário

vítima, eis que admitida pelo réu, nas duas oportunidades em que fora interrogado, mostrando-se prescindível a referida prova técnica.

Mais a mais, não se constatou qualquer prejuízo à defesa do recorrente. E, em obediência ao brocardo *pas de nullité sans grief,* capitulado no artigo 563 do Código de Processo Penal, não se declara a eiva arguida.

Quanto ao mérito, o conjunto probatório colacionado aos autos é insuficiente.

Interpelado, em juízo, o acusado refutou a prática que lhe foi irrogada (cf. mídia inserta nos autos digitais). Asseverou ter escrito diversas cartas ao ofendido, inclusive a missiva acostada aos autos, mas em nenhuma delas intencionava ameaçar a autoridade judicial atuante no processo. Aduz ter escrito para "chamar a mídia". Queria chamar a atenção do Estado, em razão de ter sido condenado apesar da alegada inocência. Sustenta estar pagando por crime que não cometeu. Na carta pede desculpas, pois compareceu ao plenário do júri embriagado. Pretendia obter uma indenização do Estado, mostrar que poderia acioná-lo pelo erro judiciário, por isso queria atenção da mídia. Não queria ameaçar o ofendido. Não entrou com ação contra o Estado. Chegou a ajuizar revisão criminal, mas foi indeferida. Não foi entrevistado pela mídia. Foi preso em abril de 2015. Seu último contato com o ofendido se deu no plenário do júri no ano de 2010. As cartas foram escritas sete anos depois. Na epístola, mencionou mulher e filhos na intenção de sensibilizar o magistrado porque o acusado também tinha mulher e filhos.

E a partir dessa exculpação, sucede que os elementos de convicção produzidos no feito não permitem um juízo de certeza acerca da procedência da pretensão.

Vítima Rogério, Juiz de Direito, ouvida em juízo, rememorou acerca dos fatos (cf. mídia inserta nos autos digitais). Pelo dito, atuou como Presidente do Plenário do Júri durante julgamento que culminou na condenação do apelante como incurso no tipo penal relativo ao homicídio. Envolvia um comerciante, bem estabelecido na cidade, como mandante, o acusado como intermediário e um terceiro como executor. Com relação aos fatos, narrou ter tomado conhecimento quando da intimação dos presentes autos. A missiva fora endereçada à execução criminal e, em razão do seu teor, o Ministério Público determinou a instauração de inquérito por coação no curso do processo. O acionado fazia ameaças à pessoa do ofendido, pois queria responder o processo em liberdade ou deveria ser transferido de sistema carcerário, pois estava processando o Estado, em troca renunciaria ao processo. O acusado fez menção que o ofendido tinha mulher e filhos, e que poderia fazer mal a sua pessoa. As ameaças eram subliminares, no sentido de que tinha família e filhos com nítido teor de ameaça. Somente tomou conhecimento da ameaça, quando foi intimado do processo.

Acesso ao Sumário

Não tomou qualquer providência junto ao Tribunal. À época da epístola, já havia sido expedido guia de recolhimento do processo do Juri, pois foi elaborada tempos após o julgamento e fazia menção à execução do processo em si.

E nisso se resume o aquilatado. Bem por isso, concebe-se haver dúvidas razoáveis a respeito da imputação.

No particular, não é inverossímil a exculpatória promovida pelo réu, eis que não se vislumbra ameaça séria e suficiente para caracterizar o tipo penal, o réu menciona em sua missiva: *"Presta muita atenção Sr. Dr. Juiz, vocês vão ter uma surpresa, daqui de dentro da cadeia, aonde eu me encontro, eu consegui processar o Estado. Até a rede Record veio me entrevistar, a batata de vocês estão assando, se prepara"* (fls. 44).

Enfim, não se vê ameaça nessa manifestação, ficando o mais como dedução, não amparada pela prova.

Além disso, o contexto da missiva aponta pela súplica do autor na reanálise do seu cárcere ante a aduzida inocência, como um alarde de comunicação a suposta injustiça, o qual acarretaria em uma eventual ação indenizatória face o Estado, e não de uma suposta agressão à vida.

Outrossim, pelo narrado, depreende-se que o ofendido, de fato, não revelou temor. Em verdade, admite ter tomado ciência da suposta ameaça apenas quando da efetivação da intimação dos presentes autos e, à época dos fatos, não tomou providências outras para expandir sua segurança ou de sua família. A situação como posta, revela que a conduta do acionado não refletiu em qualquer constrangimento ou ameaça efetiva.

Nessa senda, salienta-se ainda que o delito em ensejo se trata de crime complexo, que exige, além da ameaça, o dolo específico de fazer com que a pessoa favoreça o agente, ou terceiro, em processo judicial, administrativo ou de juízo arbitral.

No particular, também não restou evidenciado o favorecimento, mormente porque a missiva fora escrita durante a fase executiva (fls.43), mais de ano após o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida (fls.37), de forma que o ofendido sequer poderia influir no desfecho do processo àquela altura.

Neste sentir:

> *"EMENTA PENAL. PROCESSO PENAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ARTIGO 344 DO CÓDIGO PENAL). INSUFICIÊNCIA DA PROVA PARA EMBASAR DECRETO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. DÚVIDA SOBRE SE A GRAVIDADE DA AMEAÇA EXPRESSA NAS PALAVRAS PROFERIDAS PELO APELADO FOI PARA FAVORECER INTERESSE PRÓPRIO. FATO OCORRIDO APÓS O ENCERRAMENTO DA AUDIÊNCIA EM QUE A VÍTIMA PRESTOU DECLARAÇÕES.*

Acesso ao Sumário

ESPECIAL FIM DE AGIR NÃO CARACTERIZADO. DISTINÇÃO ENTRE CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ARTIGO 344 DO CP) E CRIME DE AMEAÇA (ART. 147 DO CP). DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. (...) 5. Ainda que se possa depreender que a expressão "o que é seu está guardado", implicitamente, contém ameaça de mau injusto e grave, no ponto a hipótese seria de vindita em razão do depoimento já prestado, a caracterizar, em tese, o crime do artigo 147 do Código Penal ("ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave") jamais, porém, o crime do artigo 344 do Código Penal que exige a elementar da temporalidade anterior ao motivo que ensejou a ameaça. 6. Em outras palavras, se a suposta ameaça ocorreu após o depoimento em juízo da vítima, evidente que a ameaça - porquanto posterior - não se dirigia para influenciar o depoimento, dado que pretérito. Desprovimento do recurso ministerial". (TJRJ - APELAÇÃO N.º 0013701- 84.2009.8.19.0203, 2ª Câm. Criminal; RELATOR: Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO; Julgamento: 06/09/2011)."

Ainda nesta senda, conquanto haja indícios da falta de conhecimento dos mecanismos linguísticos necessários para a construção da argumentação e desequilíbrio da escrita formal da língua portuguesa, com consequente má dissertação de sua real intenção, inclusive pontuação (o que pode levar a interpretação errônea do seu conteúdo), quiçá, certa exasperação de ânimo, tal não se confunde com a promessa de mal injusto e grave que a lei considera como ilícito penal.

Destaca-se, assim, a fragilidade do conjunto probatório, insuficiente a demonstrar que o acusado proferiu ameaças com o fim de favorecer interesse próprio em ação judicial.

E, como se sabe, para a condenação criminal, por tudo de infamante que ela acarreta, exige-se certeza absoluta da responsabilidade daquele apontado como autor do delito, não bastando meras suposições, provas contraditórias ou pouco esclarecedoras, que façam surgir ao julgador dúvida invencível, pois, no caso do processo penal, essa dúvida deve favorecer a Defesa.

Acesso ao Sumário

De rigor, pois, a absolvição do recorrente quanto à prática que lhe fora imputada – artigo 344, caput, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **afastada a temática preliminar, DÁ-SE PROVIMENTO** ao apelo, para absolver o réu **Celso Mendes da Cunha** da falta que lhe fora irrogada na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Apelação criminal – Coação no curso do processo – Sentença condenatória – Preliminar de nulidade processual por ausência de realização de exame grafotécnico – Rejeição – No mérito, pretendida a absolvição por fragilidade probatória ou atipicidade da conduta ou, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de ameaça, a redução das penas e a fixação de regime menos gravoso – Admissibilidade parcial – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Palavras da vítima corroboradas por carta enviada pelo agente, na qual este faz uso de grave ameaça contra autoridade atuante em processo judicial, com o fim de favorecer interesse próprio – Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório – Penas redimensionadas – Básicas reconduzidas aos mínimos legais – Circunstância judicial tida por desfavorável que constitui elemento ínsito ao próprio tipo penal – Bis in idem – Regime alterado para o semiaberto – Suficiência. Preliminar afastada, recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática, acrescenta-se que **Celso Mendes da Cunha**, por infração ao artigo 334 do Código Penal, foi condenado às penas de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 (doze) dias- multa, no mínimo legal.

Inconformado, recorre. Em preliminar, argui nulidade processual por ausência de realização de exame grafotécnico. No mérito, acenando com a fragilidade probatória e a atipicidade da conduta, pugna pela absolvição. Subsidiariamente, postula a desclassificação para o crime de ameaça, a redução das penas e a fixação de regime prisional menos gravoso.

Regularmente processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório.

2. A matéria suscitada à guisa de preliminar deve ser afastada.

Aduz o apelante que o processo é nulo, uma vez que a carta contendo a coação dirigida à vítima não foi submetida a exame grafotécnico.

Sem razão, contudo.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a perícia somente seria necessária, na espécie, caso houvesse dúvida acerca da autoria do documento ou de seu conteúdo. No caso em apreço, o próprio réu, em ambas as oportunidades em que foi interrogado, admitiu ser o autor da mensagem, a afastar a imprescindibilidade dessa prova, que se mostraria de todo protelatória.

De mais a mais, a simples juntada da carta aos autos já é suficiente para a comprovação do delito, que se consuma com o mero emprego de coação contra a vítima. Como os dizeres ameaçadores ao ofendido estão expostos na própria missiva e estes, por si sós, já bastam para a demonstração do crime, a prova pericial não se apresenta como essencial para a configuração do fato criminoso.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

A materialidade do delito apresenta-se cumpridamente demonstrada, não apenas pela cópia da carta (fls. 43/47) e pelo *print* de andamento processual (fls. 151/158), senão também pela prova oral amealhada nos autos.

A autoria, por igual, emerge bem elucidada.

Tanto na delegacia como em Juízo, Celso negou a prática criminosa. Disse que escreveu a carta juntada aos autos, mas sem a intenção de ameaçar a autoridade judicial atuante no processo em que figurou como réu pela prática de homicídio. Alegou que a epístola tinha por objetivo apenas chamar a atenção da imprensa para o caso (fl. 108 e mídia audiovisual).

Malgrado as versões exculpatórias, a prova produzida nos autos lhe é adversa.

Assim é que o ofendido Rogério Danna Chaib, Juiz de Direito, narrou ter atuado como Presidente do Plenário do Júri durante o julgamento que culminou na condenação do apelante como incurso tipo penal relativo ao homicídio. Posteriormente, tomou ciência de uma carta enviada pelo acusado, endereçada à Vara das Execuções em que exerce atividade, na qual ele ameaçava de causar-lhe mal injusto e grave, inclusive fazendo menção a alguns de seus familiares, como forma de intimidá-lo, com objetivo de que o autorizasse a responder ao processo em liberdade ou o transferisse para outro estabelecimento prisional. Ressaltou ter ficado surpreso com o conteúdo ameaçador da missiva (mídia audiovisual).

Observa-se, portanto, que restou sobejamente comprovado que o apelante usou de grave ameaça contra autoridade que funciona em processo judicial, com o fim de favorecer interesse próprio, seja pela alegação do acusado, em Juízo, no sentido de que pretendia chamar atenção para o seu caso, por meio da carta; seja porque o ofendido, Juiz de Direito, confirmou que o documento enviado pelo agente continha ameaças a ele dirigidas; seja pela cópia da epístola enviada pelo apelante, na qual este afirma, em tom ameaçador, *"presta muita atenção*

Sr. Dr. Juiz, vocês vão ter uma surpresa, daqui da cadeia aonde eu me encontro, eu consegui processar o Estado, até a Rede Record veio me entrevista, a batata de vocêis estão assando, se prepara exelentíssimo Dr. Rogerio Danna Chaib" (sic).

Não há que se falar em atipicidade da conduta, sob o argumento de que a vítima estaria acostumada a sofrer ameaças em razão do cargo e que não teria se sentido atemorizada com a ameaça, que não seria idônea, tampouco sofrido abalo emocional, uma vez que ela ressaltou, na audiência de instrução, que se sentiu surpresa com o conteúdo da carta e destacou, ainda, que o acusado fez menção a seus familiares no documento com intuito de intimidação.

Ademais, cabe anotar que, se o ofendido não tivesse se sentido receoso com as ameaças expostas na carta enviada pelo réu, simplesmente teria a ignorado e deixaria de encaminhá-la ao Ministério Público para a tomada das providências cabíveis, o que não se verificou ser a hipótese dos autos, uma vez que ele se mostrou interessado na apuração dos fatos, ao dar ciência destes ao *Parquet*, em razão do mal injusto e grave que lhe foi prometido.

Não se sustenta, igualmente, a tese defensiva de que o crime não restou configurado, sob o argumento de que o réu não obteve nenhum proveito pessoal com o envio da carta ao magistrado. Isso porque o delito em apuração possui natureza formal e, assim, consuma-se independentemente de resultado naturalístico.

Vale dizer, ainda que o agente não se beneficie com o uso da violência ou grave ameaça empregada contra a autoridade que funciona em processo judicial, o crime estará configurado, porquanto se perfaz com o mero uso de coação capaz de incutir na vítima justificável receio.

Do mesmo modo, revela-se inadmissível a alegação de que o réu teria agido com ânimo exaltado e, portanto, não seria responsabilizado por sua conduta. Tal estado é completamente irrelevante para a caracterização do delito que, como já assinalado alhures, possui caráter formal.

Outrossim, não se apresenta convincente a narrativa do apelante no sentido de que pretendia apenas "chamar a atenção da mídia" por meio da carta encaminhada para a vítima. Quisesse ele realmente isso, endereçaria o documento aos veículos de comunicação e, não, a Vara de Execuções Criminais, citando nominalmente o magistrado responsável por presidir o Júri que o condenou pela prática de homicídio.

É de se ressaltar, também, que comete o delito de coação no curso do processo aquele que profere grave ameaça contra a autoridade responsável pelo processo a que responde. E foi o que ocorreu no caso em análise, conforme o print de fls. 151/158, por meio do qual se observa que o feito instaurado contra o apelante ainda estava em andamento à época dos fatos.

Acesso ao Sumário

Inviável a desclassificação para o crime previsto no artigo 147 do Código Penal, porquanto o réu fez uso de grave ameaça contra autoridade atuante em processo judicial e com o escopo de favorecer interesse próprio, a fazer incidir, necessariamente, pelo princípio da especialidade, a figura típica prevista no artigo 344 do mencionado *Codex*.

Destarte, suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes da ação descrita na incoativa, cuja tipicidade - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, antijuridicidade e culpabilidade encontram-se, igualmente, demonstradas, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, era mesmo inarredável o provimento condenatório, como bem proclamado pelo eminente Magistrado sentenciante, cujas razões de decidir ficam aqui adotadas, exceto no tocante às penas.

Estas comportam reparo.

As básicas foram aumentadas em 1/6 (um sexto), devido à circunstância de o apelante ter ameaçado Juiz de Direito e, com tal conduta, evidenciado *"verdadeiro desapreço e desrespeito não apenas à autoridade, mas a todo Poder Judiciário"* (fl. 255).

Entretanto, observa-se que tais peculiaridades já foram sopesadas pelo legislador para a criação do tipo previsto no artigo

344 do Código Penal, tanto é que a redação do referido dispositivo menciona, expressamente, como elementar "autoridade" que funciona em "processo judicial", de sorte que o acréscimo operado na primeira fase da dosimetria, exclusivamente em virtude da atividade jurisdicional exercida pela vítima, mostrou-se indevido, por constituir inegável e inescondível *bis in idem.*

Assim, as penas-base deverão retornar aos mínimos legais.

Na segunda etapa do cálculo, fica mantido o aumento de 1/6 (um sexto) pela comprovada reincidência do apelante (fls. 178/180).

Na última fase, não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

Como corolário, as penas ficam reestimadas em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista o emprego de grave ameaça para o cometimento do delito (art. 44, I, CP).

Por derradeiro, o regime semiaberto erige-se como o mais adequado, mas também suficiente, a teor dos artigos 33, parágrafos 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal, sobretudo em razão da pena inferior a quatro anos, da recidiva do agente e da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, consoante o entendimento cristalizado na Súmula 269 do Colendo Superior Tribunal de Jus-

tiça: *"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"*.

3. Pelo exposto, **rejeitada a preliminar, dá-se provimento parcial** ao recurso para: (i) reduzir as penas do apelante, Celso Mendes da Cunha, a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no mínimo legal; e (ii) fixar-lhe o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda corporal, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se *incontinenti*.

RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA, Relator sorteado, vencido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500046-86.2019.8.26.0247, da Comarca de Ilhabela, em que é apelante LEOPOLDO RAPHAEL DE CASTRO, 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 apelo de Leopoldo Rafael de Castro para, quanto à prática ilícita em tela, aplicar apenas a pena de multa cominada e, em consequência, fixar as penas do acusado em 13 (treze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.191)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA E NELSON FONSECA JÚNIOR.

São Paulo, 9 de janeiro de 2023.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – VIAS DE FATO – ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICA **– AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – TIPICIDADE DA CONDUTA DO ACUSADO – APLICAÇÃO APENAS DA MULTA ALTERNATIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por Leopoldo Raphael de Castro contra a r. decisão monocrática de fls. 143/149, que julgou procedente a inicial e condenou -o como incurso no art. 21, da Lei das Contravenções Penais, combinado com o art. 61, II, f, do Cód. Penal, a 22 (vinte e dois) dias de prisão simples, em regime aberto, concedido o direito de recorrer em liberdade.

Em 29 de junho de 2021, o acusado recusou propostas de suspensão condicional do processo e de transação penal (fl.106).

Os autos foram desmembrados quanto à acusação relativa ao art. 147, *caput*, do Cód. Penal contra a vítima G. C.L.F. (autos 000658-30.2021.8.26.0247 - fl. 106).

Pugna a defesa, em suma, pelo que se infere das razões, pela absolvição, sob o fundamento da atipicidade da conduta do acusado, por ausência de dolo, ou sob o fundamento da insuficiência probatória (fls. 189/192).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 197/198), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 205/211).

É, em síntese, o relatório.

O apelo procede em parte.

A r. sentença, que apreciou a prova com critério e bem decidiu o presente processo, quanto à solução condenatória, não merece qualquer reparo.

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, o acusado praticou vias de fato contra sua ex-namorada R.A.M.

O acusado, namorado da ofendida à época dos fatos, ao visualizá-la conversando com seu ex-marido G.C.L.F., chamou-a para conversar em separado, oportunidade em que, bateu com capacete, nas costelas da ofendida.

Na sequência, o apelante teria ameaçado G.C.L.F., que tomou as providências policiais cabíveis, relatando, inclusive, a ação de vias de fato praticada em face de R.A.M.

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações da vítima G.C.L.F. ao longo da persecução penal (fls. 5 e 133/ Audiovisual).

No que tange às declarações da vítima R.A.M. no sentido de afirmar que, apesar do acusado ter lhe batido com o capacete nas costelas, acredita que ele não possuía a intenção de lesioná-la, em evidente tentativa de eximir o acusado de responsabilidade, também confirma a ocorrência dos fatos em tela e não se presta a afastar a condenação do recorrente pela contravenção penal em tela (fls. 15 e 139/Audiovisual).

Acesso ao Sumário

Nada há nos autos a infirmar a ocorrência da prática ilícita em tela, ou a indicar por parte da testemunha, G.C.L.F., qualquer motivo para, indevidamente, prejudicar o apelante.

Importa considerar, a propósito, como bem anotado pelo r. juízo de primeiro grau de jurisdição, não há necessidade de lesão aparente para a caracterização do delito em tela.

No que tange à versão exculpatória sustentada pelo acusado na fase extrajudicial da persecução penal (fl. 14), no sentido de afirmar que, apesar de estar nervoso diante do encontro de sua namorada com o ex-companheiro dela, não praticou qualquer ameaça contra G.C.L.F., nem mesmo desferiu golpe de capacete nas costelas da vítima R.A.M., porque isolada nos autos e afastada, com segurança, pela prova oral da acusação, não comporta acolhimento.

Em juízo, sugestivamente, revel, não foi ouvido (fl. 138).

A prática ilícita, no âmbito da materialidade delitiva, em conformidade com o art. 167, do Cód. de Proc. Penal, está suficientemente demonstrada pela prova oral.

Como se vê, a solução condenatória, nos moldes em que se deu em primeiro grau de jurisdição, era de rigor.

Não há que se falar, portanto, em atipicidade da conduta do acusado.

Importa considerar, a propósito, que não há necessidade de representação da vítima para a apuração dos fatos em tela, pois se trata de ação penal pública incondicionada.

Ademais, como já anotado, a contravenção penal de vias de fato não exige a ocorrência de lesão corporal para a caracterização do delito e restou suficientemente demonstrada nos autos.

No que concerne à dosimetria das penas aplicadas, merece reparo.

As penas-base foram fixadas em seus patamares mínimos.

Há que se anotar, todavia, que, havendo cominação alternativa de pena privativa de liberdade ou multa no tipo penal de vias de fato, é razoável exigir, para a imposição da pena privativa de liberdade, a mais grave, a presença de elementos de prova que indiquem a gravidade diferenciada da prática ilícita no caso em concreto.

Importa considerar, a propósito, que, no caso em tela, fixadas as penas -base nos patamares mínimos, em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas, impõe-se fixar, apenas, a pena de multa, a mais branda cominada pelo art. 21, da Lei de Contravenções Penais, no importe de 10 (dez) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

Importa anotar, a propósito, que a vedação prevista no art. 17 da Lei 11.340/06 incide, apenas, em relação à aplicação substitutiva da sanção pe-

Acesso ao Sumário

cuniária.

A seguir, operou-se, o razoável aumento de 1/3 (um quinto), em razão da circunstância agravante previstas no art. 61, II, f do Cód. Penal.

Assim, a pena do acusado passa a perfazer 13 (treze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, pela prática da contravenção penal de vias de fato.

Face ao exposto, meu voto dá parcial provimento ao apelo de Leopoldo Rafael de Castro para, quanto à prática ilícita em tela, aplicar apenas a pena de multa cominada e, em consequência, fixar as penas do acusado em 13 (treze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002444-55.2017.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que são apelantes RODRIGO FERNANDO MONTOZA e JOSÉ SILVIO MONTOZA, 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: "Votaram pelo acolhimento da preliminar arguida por RODRIGO FERNANDO MONTOZA e JOSÉ SILVIO MONTOZA para, decretada a nulidade *ab initio* do processo, julgar extintas as punibilidades das imputações de infração ao art. 34, parágrafo único, II, da Lei n.º 9.605/1998, e ao art. 329, § 1.º, do Código Penal, em concurso material, com fundamento no art. 107, IV, c.c. o art. 109, V, ambos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.200)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), ANDRADE SAMPAIO E FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 9 de janeiro de 2023.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL PESCA – PROIBIDA E RESISTÊNCIA QUALIFICADA – CONDENAÇÕES RECURSOS DEFENSIVOS PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO PROCEDÊNCIA DENÚNCIA RECEBIDA PELO JUÍZO FEDERAL QUE, POSTERIORMENTE, DECLAROU-SE INCOMPETENTE

Acesso ao Sumário

PARA O JULGAMENTO DO FEITO – DENÚNCIA NÃO RECEBIDA PELO JUÍZO ESTADUAL – RECEBIMENTO DE DENÚNCIA POR JUÍZO INCOMPETENTE INIDÔNEO PARA OCASIONAR INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL – NULIDADE CONSEQUENTE DE TODO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – PENAS MÁXIMAS DE 1 ANO DE DETENÇÃO E 1 ANO DE RECLUSÃO ART. 617 DO CPP PROIBIÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA PENAS MÁXIMAS PRESCRITÍVEIS EM 4 ANOS – ART. 109, V, DO CP – PERÍODO JÁ TRANSCORRIDO DA DATA DO FATO ATÉ O PRESENTE – PRELIMINAR ACOLHIDA PARA, DECRETADA A NULIDADE *AB INITIO* DO PROCESSO, JULGAR EXTINTAS AS PUNIBILIDADES DOS RÉUS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas por **RODRIGO FERNANDO MONTOZA** e **JOSÉ SILVIO MONTOZA**, em face do Ministério Público, contra a sentença de fls. 503/516, cujo relatório é adotado e acrescenta-se que os condenou por infração ao art. 34, parágrafo único, II, da Lei n.º 9.605/1998, e ao art. 329, § 1.º, do Código Penal, em concurso material, às penas de 1 ano de detenção, em regimes iniciais semiabertos, e 1 ano de reclusão, em regimes iniciais semiabertos, substituídas, cada uma, por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Razões de **RODRIGO** às fls. 521/525 e de **JOSÉ** às fls. 529/534. Preliminarmente, pedem as extinções das punibilidades pela prescrição da pretensão punitiva. No mérito, pedem suas absolvições por insuficiência probatória.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 537/542. Manifestou-se pelos desprovimentos dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às fls. 578/580, opinou pelo não provimento dos recursos.

FUNDAMENTAÇÃO

RODRIGO FERNANDO MONTOZA e **JOSÉ SILVIO MONTOZA** foram denunciados pelo Ministério Público Federal às fls. 104/111, aos 31 de março de 2016, a qual foi recebida pelo Juízo da 1.ª Vara Federal da Subseção

Acesso ao Sumário

Judiciária de São Carlos em 14 de abril de 2016 (fls. 112/113).

Em 31 de maio de 2017, o Juízo Federal declarou- se incompetente (fls. 192/194) e os autos foram redistribuídos a esta Justiça Estadual, oportunidade em que o Ministério Público requereu *"a convalidação dos autos [sic] praticados pelo Juízo da Segunda Vara Federal de São Carlos [...]", inclusive "o pedido de prosseguimento do feito com relação a* ***JOSÉ SILVIO MONTOZA*** *e a* ***RODRIGO FERNANDO MONTOZA****"*.

O Juízo de primeira instância, da 1.ª Vara da comarca de Descalvado, nada deliberou sobre o requerimento, apenas consignando que a audiência seria oportunamente designada (fl. 212).

Pois bem.

Como corretamente manifestou a Procuradora de Justiça à fl. 579, "*os atos praticados por juiz incompetente não são válidos*".

Nesse sentido:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR JUÍZO INCOMPETENTE. ATO NULO. NÃO INTERRUPÇÃO DO CURSO DA PRESCRIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, QUANDO EMANADO DE AUTORIDADE INCOMPETENTE, É ATO ABSOLUTAMENTE NULO, NÃO PRODUZINDO EFEITO COMO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO.
>
> 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGRG NO RESP N.º 1.492.580/RJ, REL. MINISTRO NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DATA DE JULGAMENTO: 03/03/2016, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 10/03/2016)**

Contudo, não há como acolher o posicionamento de que *"[o] prazo prescricional deve ser contado a partir do primeiro ato praticado pelo juiz competente, que ocorreu 19/12/2017 (fls. 212)"*, porque o Juízo de primeira instância **não recebeu a denúncia**.

Ora, se os atos praticados pelo Juízo Federal são nulos, consequentemente não há decisão que recebeu a denúncia. O despacho de autoridade judicial competente não é marco interruptivo da prescrição previsto no art. 117 do Código Penal, iniciando-se justamente "*pelo recebimento da denúncia ou da queixa*" (inciso I).

Se não há decisão que recebeu a denúncia, o processo é **integralmente nulo**, não podendo subsistir citações, respostas às acusações, instrução, alega-

Acesso ao Sumário

ções finais e sentença.

Dessarte, a prescrição da pretensão punitiva está em curso desde a data do fato, 1.º de maio de 2015.

A rigor, decretada a nulidade do processo *ab initio*, os autos deveriam ser devolvidos à primeira instância para que o Juízo de origem deliberasse sobre a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (e ratificada pelo Ministério Público Estadual).

Ocorre que, tratando-se de recursos interpostos exclusivamente pelos réus, ainda que o feito tivesse regular transcurso, estes não poderiam ser apenados em mais de 1 ano de reclusão e 1 ano de detenção, penas estas fixadas na sentença recorrida e ora anulada, sob pena de reformatio in pejus indireta (Código de Processo Penal, art. 617).

Significa dizer, as penas privativas de liberdade máximas consistem em 1 ano, cuja prescrição se dá em 4 anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Da data dos fatos até o presente já transcorreu período superior a 4 anos, de modo que as penas estão irremediavelmente prescritas.

Ressalte-se que não se está negando vigência ao art. 110, § 1.º, do Código Penal, porque a presente extinção da punibilidade não consiste em prescrição intercorrente entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia (ainda inexistente) pela pena concretamente fixada, mas pela pena máxima abstratamente cominada (1 ano para cada delito em virtude da proibição à *reformatio in pejus* indireta).

Trata-se, pois, de prescrição pelo art. 109, caput, do Código Penal, ou seja, "pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime".

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo acolhimento da preliminar arguida por **RODRIGO FERNANDO MONTOZA** e **JOSÉ SILVIO MONTOZA** para, decretada a nulidade ab initio do processo, julgar extintas as punibilidades das imputações de infração ao art. 34, parágrafo único, II, da Lei n.º 9.605/1998, e ao art. 329, § 1.º, do Código Penal, em concurso material, com fundamento no art. 107, IV, c.c. o art. 109, V, ambos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1527937-71.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABRICIO NUNES BARBOSA, 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 25.351(2))**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente) E JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 13 de janeiro de 2023.

MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Tráfico de drogas – Coesão e harmonia do quadro probatório – Circunstâncias do episódio que positivam a traficância – Condenação mantida.

Pena-base – Redução ao mínimo legal – Impossibilidade – Quantidade das drogas apreendidas.

Aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 – Mantença Fração de redução inalterada Quantidade de drogas sopesadas somente na aplicação, ou não, da causa de diminuição inserta no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos – Afastamento – Impossibilidade – Tráfico privilegiado – Circunstâncias judiciais favoráveis *'Quantum'* da pena inferior a quatro anos Entendimento Precedente do C. STJ.

Regime prisional aberto – Subsistência – Entendimento – Precedente do C. STJ.

Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. decisão de fls. 140/142, do d. juízo de direito da 19ª Vara Criminal da Comarca da Capital, cujo relatório se adota, julgou procedente a presente ação, condenando Fabrício Nunes Barbosa por infração ao artigo 33, "*caput*", c/c o seu § 4º, da Lei 11.343/06, às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, sob regime prisional aberto, e de 250 dias- multa, no piso legal, substituída, a pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e em 10 dias-multa, no menor valor unitário; determinada, outrossim, a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do réu.

Absolvido, outrossim, o réu, com fundamento no artigo 386, VII, do Có-

digo de Processo Penal, das práticas insertas nos artigos 129, "*caput*", e 329, "caput", ambos do Código Penal.

Apelou, o inculpado, pugnando, em suas razões, ofertadas pela D. Defesa, pelo reconhecimento e afastamento do inaceitável 'bis in idem' que se teria operado ao ensejo da dosimetria da pena.

O apelo foi regularmente processado.

Sobreveio parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo.

Expedido e cumprido o alvará de soltura clausulado a fls. 158.

É o relatório.

Improcede o reclamo.

Robustas as provas da materialidade e da autoria do delito trazidas para os autos, calcadas nos autos de prisão em flagrante delito e de exibição e apreensão e nos laudos de constatação provisória e de exame químico-toxicológico, bem como na prova oral coligida aos autos.

Interrogado, o acusado admitiu a prática delitiva.

Os agentes policiais Alderino e Rud, em Juízo, disseram que o local era conhecida zona de traficância, lá sendo montada estratégia de ação com viaturas caracterizadas, à vista. Dos indivíduos presentes no local, surpreendeu-se o acusado na posse de mochila em cujo interior eram ocultadas as drogas, apreendidas; três dos sujeitos abordados, dentre eles o réu, entraram em luta corporal – gizou.

A forma como embaladas, acondicionadas e ocultadas as drogas, as circunstâncias de sua apreensão, suas expressivas quantidades e diversidade – 118,5 gramas de cocaína em pó, dispersos em quatrocentos e quarenta e duas porções, 1.346,10 gramas de *'cannabis sativa'*, distribuídos em quinhentos e duas unidades, 49,1 gramas de maconha, sob a forma de *'skunk'*, separados em três porções e 640 mililitros de tricloroetileno, em sessenta e quatro recipientes – a consequente prisão em flagrante dos indigitados, somadas a sua confissão, a sua situação econômica – não trouxe prova de ocupação lícita – e aos coerentes depoimentos policiais, não deixam margem a dúvidas da prática da traficância.

De rigor, pois, a condenação.

A pena-base foi fixada pouco acima do mínimo legal, em razão da quantidade de drogas apreendidas e recuou ao mínimo, em face da confissão.

Houve concessão do benefício do tráfico privilegiado.

Inalterada a aplicação da benesse da lei especial, mostrando-se consentânea a fração de redução, à conta da metade, haja vista as expressivas quantidades de drogas apreendidas; ao contrário do sustentado pela D. Defesa, não houve afastamento do benefício em questão.

Acesso ao Sumário

A análise da quantidade das drogas apreendidas, não serviram a um só tempo de esteio ao agravamento da pena-base e à não aplicação da benesse da lei especial.

De qualquer forma a pena permaneceu inalterada, estabilizada em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, no menor valor unitário.

Não havendo inconformismo no que se refere ao reconhecimento na pessoa do réu do traficante ocasional, por isso mantido, primário, o réu, e não se havendo trazer aos autos provas de que se dedicasse a atividade criminosa ou de que integrassem organização criminosa, tal permite seja agasalhada, sua situação, pela recente decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede do Habeas Corpus coletivo sob nº 596.603/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 08/09/2020, que fica inalterada.

Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, inferiores, as penas, aos quatro anos de reclusão, apropriada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a subsistência do regime prisional aberto, em caso de descumprimento das condições eleitas ao ensejo da substituição, como razão de alinhamento ao recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao recurso de FABRÍCIO NUNES BARBOSA, ficando mantida, por seus bem deduzidos fundamentos, a sentença recorrida.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0338975-60.1996.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados V. A. M., L. A. A. T., C. DO C. B. S., Í D. N. J., C. A. S., J. C. DO P., M. G. L., A. DOS S. C., R. A. DE P., V. S. G., P. L. M. R., M. G. DE O., R. L. S. P., W. T. A. DE A., A. A. R. G., M. H. F. J., R. R. P., A. M. F., B. Y. DE S., M. G. M., C. A. DOS S., E. P. C., S. M. M., E. A. C. L., S. B. DA S., E. T., H. W. DE M., Z. T., R. DO C. F., R. Y. Y. e M. R. P., Apelantes O. P., S. S. DOS A., J. C. D., F. T., G. P. DOS S. F., P. P. DE O. M., M. J. DE L., P. E. DE M., A. M. S., S. S., W. A. C. S., A. L. A. M., R. R. DOS S., A. D. S., M. A. DE M., A. C., R. H. DE O., W. M. DE S., S. DE S. D., L. A. A., H. A., M. DE O. C., S. N. S., P. E. F., L. DE J. M., M. A. S. F., R. H., A. S. S., W. C. L., A. DA S. M., T. P., J. C. F., J. A. D. DOS S., C. R. DA S., F. Z. H., A. J. DA S., D. M. B., M. DO N. P., J. R. L., S. F. DE O., J. F. DOS S. e S. G. L., é apelado/apelante M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Arguiram a inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, determinando a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao e. Órgão Especial, com consequente suspensão do julgamento do mérito do recurso até a sua apreciação.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 17 de janeiro de 2023.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: INDULTO – Inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, que concede indulto aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, em possível afronta ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República – Questão potencialmente prejudicial ao mérito do pedido que deve ser submetida a julgamento pelo Órgão Especial desta Corte, conforme cláusula de reserva de plenário inserta no art. 97 da Constituição Federal e arts. 481 e ss. do Código de Processo Civil – Incidente de inconstitucionalidade instaurado, com remessa ao Órgão Especial para apreciação – Julgamento do mérito do recurso suspenso.

VOTO

Trata-se de pleito ministerial em que se argui a inconstitucionalidade da aplicação, nestes autos, do indulto natalino, com fulcro no artigo 6º do Decreto nº 11.302/2022.

Pois bem.

Foram os réus condenados, em cinco sessões do e. Tribunal do Júri, por diversas imputações de crimes de homicídio, qualificados pelo emprego de recurso que dificultou a defesa das vítimas. Anulados esses julgamentos, em sede de apelação, por esta c. Câmara Julgadora, sobreveio provimento ao Recurso Especial da acusação, pelo c. Superior Tribunal de Justiça, que restabeleceu as condenações.

Editou-se, em 22 de dezembro próximo passado, Decreto Presidencial número 11.302/22, que, em seu artigo 6º, prevê a concessão de indulto natalino

Acesso ao Sumário

"aos agentes públicos que integram os órgãos de segurança pública de que trata o art. 144 da Constituição e que, no exercício da sua função ou em decorrência dela, tenham sido condenados, ainda que provisoriamente, por fato praticado há mais de trinta anos, contados da data de publicação deste Decreto, e não considerado hediondo no momento de sua prática".

Vale ressaltar que a redação coincide com o caso dos autos, uma vez que os delitos, praticados em 02.10.1992, ocorreram em data anterior à inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos hediondos, no artigo 1º, I, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994.

Sabe-se que o indulto é instrumento administrativo por meio do qual o Chefe de Estado abdica do poder punitivo estatal. Consoante o disposto no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República conceder indulto e comutação, de sorte que apenas referida autoridade pode estabelecer as hipóteses e os critérios exigidos para a concessão das benesses.

Igualmente cediço, contudo, que tal poder administrativo discricionário deve se submeter e respeitar os limites constitucionais e legais, conforme hierarquia das normas do ordenamento jurídico. Vale dizer, ainda que discricionário, o ato deve submeter-se ao ordenamento jurídico constitucional, assim como à observância dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil tenha aderido.

Impossível indulto para crime hediondo.

Diante da vedação constitucional à concessão de indulto a crimes de natureza hedionda, cogita-se a inconformidade do decreto em comento com a ordem constitucional.

Resta claro que os delitos, se não considerados hediondos à época de seu cometimento, não estarão sujeitos às previsões mais gravosas estabelecidas por lei posterior.

Igualmente claro, no entanto, é o fato de que a edição de novo ato legislativo (como é o caso do Decreto em comento) deve se submeter ao ordenamento jurídico corrente. Assim sendo, a concessão de indulto a crime de natureza considerada hedionda na data de sua publicação contém potencial ofensa à ordem constitucional, prisma que dá razão à presente arguição.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido já se manifestou a excelsa Suprema Corte:

"*HABEAS CORPUS.* DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. NÃO ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS 8.072/1990 E 8.930/1994. INDULTO. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO Nº 2.838/1998. 1. (...). 2. Tratando-se o indulto de ato discricionário do Presidente da República, restrito, portanto, às condições estabelecidas em

> decreto presidencial, a vedação de sua concessão aos apenados por crimes hediondos, ainda que cometidos antes da vigência das Leis 8.072/1990 e 8.930/1994, não configura violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Precedentes. 3. A aferição da natureza do crime, para concessão do indulto, há de se fazer na data da edição do decreto presidencial respectivo, e não na do cometimento do delito. Precedentes. 4. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito. (STF, Primeira Turma, HC nº 117.938/SP, rel. Min. Rosa Weber, DJe 13.02.2014).

O raciocínio é valido, justamente, porque, muito embora o texto do Decreto sob análise pareça adequar-se perfeitamente a cada uma das peculiaridades do caso debatido nestes autos, não trata o indulto natalino de casos específicos, mas de regra geral que, como tal, deve encontrar-se em consonância com o ordenamento constitucional.

Vale dizer: não se trata de aferir a hediondez dos delitos específicos debatidos nestes autos, mas sim a possibilidade da edição de um ato legislativo na contramão do contexto constitucional vigente, isso é, de conceder-se indulto a crime que, na data da promulgação do ato, é considerado, e desde há muito, de natureza hedionda.

Ademais, o citado fato de subsumir-se a previsão contida no artigo 6º do citado Decreto Presidencial com perfeição às peculiaridades do presente caso levanta dúvida acerca da conformidade da benesse especificamente aos réus com o ordenamento jurídico nacional e com as convenções internacionais às quais voluntariamente aderiu o estado brasileiro.

O caso julgado nestes autos relaciona-se, por evidente, com a observância do arcabouço dos direitos humanos pelo poder público pátrio, visto se tratar de ação de agentes públicos contra pessoas privadas de sua liberdade. Nesse sentido, a inviabilização do julgamento de mérito dos crimes reconhecidos pelo Tribunal do Júri, com ratificação pelo e. Superior Tribunal de Justiça, poderia significar afronta à proteção ao direito à vida, à dignidade da pessoa e aos direitos humanos, observados na Constituição da República, na Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros.

Destarte, por se vislumbrar questão potencialmente prejudicial ao mérito do pedido, deve ser submetida a julgamento pelo e. Órgão Especial desta c. Corte, conforme cláusula de reserva de plenário inserta no art. 97 da Constituição Federal; arts. 481 e ss. do Código de Processo Civil; e Súmula Vinculante nº 10, determinando-se, assim, a instauração de incidente de inconstitucionalidade, com remessa ao Órgão Especial; suspenso o exame do mérito do recurso.

Isso posto, pelo meu voto, **argui-se** a inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, **determinando-se** a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao e. Órgão Especial, com conse-

Acesso ao Sumário

quente suspensão do julgamento do mérito do recurso até a sua apreciação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1508771-73.2018.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante MATHEUS HENRIQUE BARBOSA, 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: "Afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso, para manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 17 de janeiro de 2023.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Desacato – ADPF 496/DF – Conduta recepcionada pela Constituição Federal de 1988 – Ofensa ao direito à liberdade de expressão, prevista em Tratados Internacionais de Direitos Humanos – Inocorrência – Crime caracterizado;

Desacato – Ofensas aos funcionários públicos – Palavra dos policiais militares seguras, coerentes e amparadas por testemunho civil – Prova suficiente – Pena e regime prisional corretos – Substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos – Recurso não provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

MATHEUS HENRIQUE BARBOSA, qualificado nos autos, foi denunciado e processado, perante o juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Limeira, apontado como incurso no art. 331, do Código Penal.

Tudo porque, no dia 19 de agosto de 2018, por volta das 00h50, na Rua Menina Renata Caracio Machado Gomes, n° 171, na cidade de Limeira, desacatou os policiais militares André Luís de Souza Matoso e Ivan Dias de Jesus, no exercício de suas funções.

Recebida a denúncia em 22 de março de 2019 (fls. 68), como o réu foi

citado por edital, o processo (e o prazo prescricional) foram suspensos em 2 de setembro desse mesmo ano (fls. 90), mas o feito retomou seu curso em 9 de março de 2021, com a citação do acusado (fls. 99).

Após regular instrução, sobreveio a r. sentença de fls. 203/211, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Ricardo Truite Alves, que julgou procedente a ação penal e condenou o apelante, por infração ao art. 331, ***caput***, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 6 meses de detenção, em regime aberto, substituída por 10 dias-multa, de valor unitário mínimo, concedido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada recorre a Defensoria Pública sustentando a nulidade da sentença, ou o reconhecimento da atipicidade do fato, porque o tipo penal ofende o direito à liberdade de expressão e é incompatível com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, cuja supralegalidade já foi reconhecida pelo col. Supremo Tribunal Federal. Subsidiariamente, busca a absolvição, sob o argumento de que não existem provas para a condenação (fls. 242/255).

Recebido o recurso (fls. 228), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 259/261).

Regularmente processado o apelo, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 272/278).

É o relatório.

Cuida-se de recurso interposto por Matheus Henrique Barbosa contra a r. sentença de fls. 203/211, que julgou procedente a ação penal e o condenou, por infringência ao art. 331, ***caput***, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 6 meses de detenção, em regime aberto, substituída por multa.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade.

Afinal, não há qualquer vício de procedimento que justifique a anulação da sentença, e, além disso, trata-se de conduta prevista como crime, sem que nenhuma excludente tenha sido invocada em favor do acusado, a ponto de justificar o afastamento da aplicação da lei penal.

Observe-se que não existe qualquer dúvida acerca da constitucionalidade do artigo 331, do Código Penal, na medida em que o Plenário do Col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 496, firmou a tese de que ***"Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato"*** (STF, ADPF 496, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22/6/2020, DJe 24/9/2020).

Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que ***"desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no art. 331 do Código Penal, não havendo que falar em ofensa ao direito à liberdade de expressão, prevista em Tratado Internacional de Direitos Humanos. Precedentes"*** (AgRg no REsp

Acesso ao Sumário

1791198 / RO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 09/04/2019).

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade do tipo penal ou ofensa à liberdade de pensamento e expressão prevista no art. 13, do Pacto de São José da Costa Rica, ou qualquer outro Tratado Internacional internamente ratificado.

Impossível, então, a anulação da sentença ou mesmo a absolvição pelo reconhecimento da atipicidade do fato.

No mais, ao ser ouvido na delegacia, o réu preferiu o silêncio, alegando apenas que fazia uso de maconha (fls. 4).

Entretanto, foi incriminado pelos policiais militares André Luis de Souza Matoso e Ivan Dias de Jesus, que passavam por uma casa de onde o acusado saiu, já alterado e, depois de arremessar a bebida que carregava em direção à guarnição, passou a ofender os policiais nos seguintes termos: ***"seus bostas, arrombado, vai tomar no cu"***. Quando tentaram abordá-lo, o réu tentou se desvencilhar e caiu, sofrendo ferimento (fls. 4/5).

Como, então, a testemunha Jonathan Miguel dos Santos, confirmou que o acusado se alterou quando percebeu que os policiais iriam abordá-lo, embora não tenha se recordado de maiores detalhes porque também estava alcoolizado naquela ocasião (fls. 5), somente estes elementos já conferiam razoável certeza sobre a efetiva ocorrência dos fatos.

Em juízo, agora sob as garantias do contraditório, o apelante negou os fatos dizendo que foi tratado com truculência pelo policial, que o ameaçou e acusou injustamente, sendo atingido na cabeça. Quando acordou, estava algemado e ensanguentado e um policial pisava em sua cabeça, foi só então que xingou os policiais, sem se recordar precisamente das palavras que proferiu (mídia digital).

A despeito dessa negativa, porém, a prova oral tornou definitiva sua responsabilidade.

Isso porque os ofendidos voltaram a narrar os fatos, afirmando que o réu já estava alterado antes mesmo de se dirigirem a ele (mídia digital).

No mesmo sentido, aliás, foram as palavras de Jonathan, a quem inicialmente se dirigia a abordagem. Conforme afirmou essa testemunha, enquanto era abordado pelos policiais que simplesmente perguntaram o que estaria fazendo ali, o réu saiu alterado, sem prestar atenção no que ele disse aos policiais, que acabaram prendendo o acusado, que apresentava um machucado (mídia digital).

Ora, nada sugere que esses policiais tivessem motivos para prejudicar levianamente o acusado, até porque a abordagem, como já foi dito, se dirigia a terceira pessoa que não reclamou de qualquer truculência por parte daqueles servidores e, por outro lado, ratificou que o apelante já saiu "alterado" da casa enquanto se dirigia aos ofendidos.

Acesso ao Sumário

Portanto, como nenhuma prova da inocência do réu, foi produzida, e, bem ao contrário, os relatos dos policiais - embora, na condição de vítimas, nem mesmo prestam compromisso de dizer a verdade - encontraram amparo nas declarações de testemunha civil, o que se tem é que os indícios trazidos com o inquérito se confirmaram por prova idônea durante o contraditório, e a condenação, então, era medida que se impunha.

No mais, a pena base foi fixada no mínimo legal e assim ficou definitiva, na ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Eleito o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por pena exclusiva de multa, como autoriza o art. 44, § 2º, do Código Penal, de nada mais pode reclamar a Defesa.

Em suma, o improvimento do recurso é medida que se impõe.

Diante do exposto, afastada a preliminar, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, para manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos.

Custas na forma da Lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1511506-25.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PEDRO HENRIQUE CARLOS BORGES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.849)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 18 de janeiro de 2023.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: Tráfico de entorpecentes. Preliminar de nulidade: Prisão efetuada por guardas municipais: Inocorrência. Mérito: Absolvição - Impossibilidade: Comprovação segura da traficância com base nos

Acesso ao Sumário

elementos coligidos aos autos. Condenação acertada. Pena: Corretamente aplicada. Preliminar rejeitada e recurso improvido.

VOTO

PEDRO HENRIQUE CARLOS BORGES foi condenado nas penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Houve a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (fls. 120/124).

Aduz o apelante, em síntese, ilegalidade na prisão, uma vez que esta foi efetuada por guardas municipais. Quanto ao mérito, requer sua absolvição, sob a tese pautada na insuficiência probatória (fls. 134/146).

Recurso tempestivo, bem processado, contrariado (fls. 149/150), com parecer da Procuradoria de Justiça pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do reclamo (fls. 182/191).

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

De início, a preliminar deve ser rechaçada.

Com efeito, a legislação em vigor permite que qualquer cidadão prenda quem quer que seja encontrado em flagrante delito (artigo 301, do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, a propósito, é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere da ementa do seguinte julgado:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP ORDEM DENEGADA. 1. ***A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão.*** *3. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquinar de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando, portanto, legítima a sentença condenatória. 4. Ordem denegada"* (HC 129932/SP, 5ª Turma, Rel. MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 15/12/2009, DJe 01/02/2010 - grifei).

Assim, conforme bem observou o douto Procurador de Justiça Dr. José Reynaldo de Almeida a fls. 186/187, *"... Mesmo não sendo a prisão atribuição dos guardas civis metropolitanos prevista constitucionalmente, trata-se de ato legal, em proteção à segurança social, razão pela qual não resta eivada de*

Acesso ao Sumário

nulidade.

Como referido anteriormente, se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, nos termos do artigo 301, do CPP, não há falar-se e proibição ao guarda municipal de proceder a prisão.

Em que pesem as atribuições elencadas nos parágrafos do artigo 144, da Constituição Federal, o caput deste dispositivo estabelece que a segurança é responsabilidade de todos, de modo que qualquer do povo tem o poder de dar voz de prisão em flagrante delito...".

Rejeitada, portanto, a preliminar.

Quanto ao mérito, o recurso não comporta provimento.

Com efeito, a douta magistrada de primeiro grau Dra. ERIKA FERNANDES, esgota a matéria dispensando qualquer adminículo, pelo que é a r. sentença ratificada em todos os seus termos e fundamentos, como autoriza o art. 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça ao dispor que *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

Realmente, tanto a materialidade (138,1 gramas de *crack* - fls. 23/25 e 83/85) quanto a autoria restaram devidamente comprovadas, tendo estas sido amparadas nos depoimentos dos guardas municipais Lucas Medina de Almeida e Márcio Ferreira Araújo, que informaram, em Juízo, que em apoio à ação da Polícia Civil denominada "Operação Caronte", abordaram o réu e todos os demais frequentadores da Praça Princesa Isabel, que havia sido invadida por usuários e traficantes de drogas. Disseram que efetuaram a revista de todos os abordados, sendo que, na posse do acusado, apreenderam grande quantidade de *crack*, suficiente para a confecção de mais de 1.000 pedras para a venda, além de uma pequena balança de precisão, a evidenciar a intenção do agente em efetuar o peso e a mercancia do entorpecente (gravação audiovisual).

Em solo policial, o acusado quedou-se silente (fls. 14). Em Juízo, confessou a traficância. Afirmou que no dia dos fatos, quando foi abordado pelos policiais, possuía apenas duas pedras pequenas de *crack* para o seu consumo (gravação audiovisual).

No entanto, a versão exculpatória do acusado encontra-se isolada nos autos.

Os elementos probatórios colhidos permitem seguro juízo de convicção sobre a imputação, tanto no que diz com a posse, quanto à destinação mercantil da droga, em razão das circunstâncias expostas, como o fato da abordagem ter sido realizada pelos guardas municipais em uma operação policial organizada e que visava coibir o tráfico de drogas no local dos fatos, sendo incontornável o acolhimento da pretensão acusatória.

Registra-se que, conforme bem pontuou a digna magistrada sentenciante

Acesso ao Sumário

Dra. ERIKA FERNANDES a fls. 123, *"... Inexiste razão que leve a crer tivessem os agentes policiais e guardas municipais a intenção de prejudicar o réu, pessoa que sequer conheciam, é primário, não tem outra condenação de modo que, se fosse usuário, seria encaminhado ou liberado juntamente com seus pares..."*.

Diante dos fatos, não era mesmo o caso de absolvição, tendo em vista que a conduta delitiva praticada se subsumiu integralmente à figura típica descrita no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Anote-se, por oportuno, que para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que se comprove a mercancia das substâncias, bastando que o agente pratique uma das dezoito condutas previstas no artigo 33, da Lei de Drogas.

De acordo com a Jurisprudência: *"O aperfeiçoamento do crime de tráfico de entorpecentes não exige a efetiva tradição da droga, sendo igualmente inexigível a comprovação da mercancia. In casu, restou devidamente demonstrada a participação do acusado na trama delituosa, o que torna imperiosa a sua condenação. Recurso conhecido, mas desprovido"* (STJ Resp 623589/SC, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 09.05.2005).

Assim, as circunstâncias em que ocorreram a apreensão da droga, como a forma em que estava acondicionada e os depoimentos dos guardas municipais, dão certeza da prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei Federal nº 11.343, de 2006.

As penas foram corretamente aplicadas, desmerecendo reparos.

Isso posto, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0010103-80.2020.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes HERSYL DE OLIVEIRA RIBEIRO e JOSÉ CARLOS RODRIGUES JUNIOR, são apelados IVISON BRUNO LEONEL CIPRIANO e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.717)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), MACHADO DE ANDRADE e ZORZI ROCHA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de janeiro de 2023.
EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: EXTORSÃO MAJORADA, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E *"LAVAGEM DE DINHEIRO"*. RECURSOS BILATERAIS.

PRELIMINAR. Defesa. Inépcia da denúncia. Peça que preencheu, *quantum satis*, os requisitos do CPP, art. 41. Rejeição.

MÉRITO. Absolvição geral. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas.

DOSIMETRIA. Penas corretamente fixadas. Regimes preservados.

DESPROVIMENTOS.

VOTO

Trata-se de **APELAÇÕES CRIMINAIS** interpostas contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Presidente Prudente, por **JOSÉ CARLOS RODRIGUES JÚNIOR, condenado** às penas de **16 anos, 7 meses, 20 dias de reclusão e 48 dias-multa**, por incursão ao CP, art. 158, § 1º, primeira figura (8 anos de reclusão e 20 dias- multa); Lei nº 12.850/13, art. 2º, ***caput*** (4 anos, 3 meses, 25 dias de reclusão e 14 dias-multa) e Lei nº 9.613/98, art. 1º, ***caput*** (4 anos, 3 meses, 25 dias de reclusão e 14 dias-multa); **HERSYL DE OLIVEIRA RIBEIRO, condenado** a **17 anos, 16 dias de reclusão e 44 dias-multa,** por incursão ao CP, art. 158, § 1º, primeira figura (8 anos, 3 meses, 16 dias de reclusão e 18 dias-multa); Lei nº 12.850/13, art. 2º, ***caput*** (4 anos, 4 meses, 15 dias de reclusão e 13 dias-multa) e Lei nº 9.613/98, art. 1º, ***caput*** (4 anos, 4 meses, 15 dias de reclusão e 13 dias-multa), pecuniárias no piso, ambos **em regime fechado**, sem recursos em liberdade, arguindo, o segundo, preliminar de inépcia da denúncia - por falta de individualização da conduta; no mérito, pleiteiam absolvição geral, por insuficiência probatória; subsidiariamente, bases no piso, afastamento da agravante do CP, art. 61, II, h) e abrandamento da modalidade prisional, e pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, buscando aumento das penas e agravamento do regime de **IVISON BRUNO LEONEL CIPRIANO** (não apelante), igualmente condenado às penas de **7 anos de reclusão e 22 dias-multa, no piso, em regime semiaberto** por infração a Lei nº 12.850/13, art. 2º, ***caput*** (3 anos, 6 meses de reclusão e 11 dias-multa) e Lei nº 9.613/98, art. 1º, ***caput*** (3 anos, 6 meses de reclusão e 11 dias-multa).

Acesso ao Sumário

Devidamente processadas, o Parecer da **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** foi pelo provimento unicamente ao ministerial.

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar.

Inépcia da denúncia - houve preenchimento, ***quantum satis***, dos requisitos do CPP, art. 41, com suficiente descrição das condutas, proporcionando plena defesa, o que não ocorreria se fosse falha.

No mérito, a acusação é de que, segundo a denúncia, *"(...) no dia 24 de maio de 2019, por volta das 15h15, na Rua Sete de Setembro nº 775, nesta cidade e comarca, os denunciados **JOSÉ CARLOS RODRIGUES JUNIOR**, ANDERSON ALVES DA SILVA, CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS BERTO e **HERSYL DE OLIVEIRA RIBEIRO**, em unidade de desígnios, mediante grave ameaça e objetivando obterem, para eles, indevida vantagem econômica, constrangeram a vítima L.B.L.T., pessoa idosa com 87 (oitenta sete) anos e cardíaca, a entregar-lhes o valor de R$300.000,00 (trezentos mil reais), em dinheiro.*

*2. Consta dos autos, ainda que, em data não determinada, porém no ano de 2019, os denunciados **JOSÉ CARLOS RODRIGUES JUNIOR**, ANDERSON ALVES DA SILVA, CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS BERTO, **HERSYL DE OLIVEIRA RIBEIRO**, ANTONIA FARIAS DE ANDRADE, FÁBIO DE SOUZA CARDOZO, ADRIANA NASCIMENTO DE SOUZA, ESTEFANE CALIXTO DA SILVA, SILVANA DA SILVA PIMENTEL, MICHELEN FERREIRA DAS NEVES, JOÃO VICTOR DE MELO CARNEIRO, MARIA APARECIDA CARVALHO e **IVISON BRUNO LEONEL CIPRIANO**, em unidade de desígnios e previamente ajustados, associaram-se, estruturalmente ordenados, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem financeira, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos, como o de extorsão apurado nos presentes autos.*

*3. Consta, dos inclusos autos também que, em data incerta, porém desde o início de 2019, os denunciados **JOSÉ CARLOS RODRIGUES JUNIOR**, ANDERSON ALVES DA SILVA, CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS BERTO, **HERSYL DE OLIVEIRA RIBEIRO** e ANTONIA FARIAS DE ANDRADE, ocultaram ou dissimularam valores provenientes, direta ou indiretamente, da extorsão praticada em face da vítima L.B.L.T.*

*4. Consta, por fim, do Inquérito Policial em referência que, em data incerta, porém desde o início de 2019, os denunciados ANTONIA FARIAS DE ANDRADE, FÁBIO DE SOUZA CARDOZO, ADRIANA NASCIMENTO DE SOUZA, ESTEFANE CALIXTO DA SILVA, SILVANA DA SILVA PIMENTEL, MICHELEN FERREIRA DAS NEVES, JOÃO VICTOR DE MELO CARNEIRO, MARIA APARECIDA CARVALHO e **IVISON BRUNO LEONEL CIPRIANO**,*

Acesso ao Sumário

receberam, movimentaram e transferiram valores provenientes da extorsão praticada em face da vítima L.B.L.T."

Interrogados, negaram as imputações.

JOSÉ CARLOS afirmou que estava preso em Magé/RJ e assim permanecia. Refutou a posse e propriedade de quaisquer aparelhos celulares. Nunca utilizou a linha (21) 96926-7604. Acredita que alguém pode ter se valido de seus dados pessoais para as práticas criminosas. Divide cela com cerca de 200 pessoas.

HERSYL asseverou não ter concorrido para a prática dos delitos, tampouco se comunicado com o ofendido por meio de ligação telefônica, tanto que sua voz sequer constaria dos arquivos de áudio captados. Conheceu os demais corréus somente após os fatos. No estabelecimento prisional em que se encontrava, alguns detentos com celular precisavam de e- mail para instalação de aplicativos em "smartphones", mas a maioria não dispunha de endereço eletrônico, daí porque emprestava o seu ("157 hersyl", junto ao provedor Gmail), em troca de permissão para ligar para familiares e amigos. Não realizou pesquisas sobre bairros ricos em São Paulo.

IVISON disse ter ficado surpreso ao tomar conhecimento de que sua conta bancária, cujos dados foram emprestados a um colega de bairro, vulgo "Dudu", fora utilizada para depósito de dinheiro relacionado ao crime de sequestro.

As lançadas escusas não convencem.

O Delegado de Polícia *Pablo* esclareceu que, em maio de 2019, foi informado de que o ofendido, com mais de 80 anos, havia desaparecido. Sua faxineira presenciou quando *L.* recebera um telefonema em uma sexta-feira e, ao retornar ao trabalho, na segunda, não mais o encontrar. Suspeitou que o ofendido havia sido sequestrado e determinou às equipes que o procurassem em hospitais e hotéis. Durante as diligências, sua equipe mostrou a foto de *L.* ao gerente do "Hotel Ibis", o qual confirmou que ali estava hospedado, onde o encontraram, muito nervoso e abatido. Ao se deparar com os policiais, *L.* apontou para o bolso de sua camisa, indicando que estava em uma ligação. Após o telefone ser desligado, *L.* contou que o filho fora sequestrado havia três dias e que os criminosos determinaram sua morte; por isso, estava efetuando depósitos em contas indicadas. Somente após conversar com familiares e amigos é que *L.* acreditou que o filho não fora sequestrado. Ainda em conversa com o ofendido, soube que havia recebido uma ligação de uma pessoa simulando ser seu filho, relatando ter sido sequestrado. Na sequência, outra pessoa ordenou que descartasse o celular e adquirisse outro. Durante o contato com os criminosos, houve mais de 500 telefonemas. Além disso, os agentes ordenaram que se hospedasse em um hotel, a fim de que pudessem dilapidar seu patrimônio. No total, foram transferidos

Acesso ao Sumário

cerca de R$ 300 mil. A partir dos registros telefônicos, com autorização judicial, foram identificadas as linhas utilizadas e realizado trabalho para identificar os autores dos delitos. Ao final, identificaram alguns presos do Rio de Janeiro, bem como agentes externos que aliciavam contas bancárias ou as cediam para receberem benefícios ou comissões. Do interior do sistema prisional, identificou **JOSÉ CARLOS** e **HERSYL.**

Em relação a **JOSÉ CARLOS**, a identificação foi possível pela quebra de dados telemáticos e interceptação telefônica, já que utilizou o mesmo número empregado no crime de "falso sequestro" para se comunicar com familiares e mulheres com quem mantinha relacionamento, dentre elas a corré *Antônia*, a quem solicitava contas bancárias para os depósitos, também aliciando outra mulher para liberar uma conta e "fazer fluir o bagulho". Nos diálogos, ele dissera ter obtido R$ 200 mil. O histórico do aparelho demonstrava pesquisa sobre telefones em condomínios de luxo em Presidente Prudente.

No tocante a **HERSYL**, cujo e-mail foi utilizado durante cadastro de um dos celulares, encontrou, no histórico do aparelho, pesquisas de bairros ricos em São Paulo e em outras cidades.

Concernentemente a **IVISON**, constatou que houve empréstimo de sua conta bancária, na qual foi depositado dinheiro diretamente pelo próprio ofendido. Ele chegou a admitir que recebia comissão para tanto.

Durante as interceptações telefônicas a prova indiciária contra o grupo restou muito clara, a exemplo do corréu *Anderson*, que confessou à namorada que, com amigos, aplicou golpe em um senhor de Presidente Prudente, inclusive simulando o choro utilizado.

No mesmo sentido, o Policial Civil *Wilian*.

Hilma - cujo depoimento foi dispensado, para juntada do teor daquele prestado no Proc. nº 1505959-23.2019.8.26.0482 - esclareceu ser empregada doméstica na residência do ofendido e presenciado quando recebeu um telefonema e dizer: *"Mas eu não tenho esse dinheiro, eu vou precisar de um tempo para levantar um pouco mais."* Logo em seguida, *L.* saiu de casa nervoso. No dia seguinte, tentou contatá-lo, sem êxito. Ao retornar ao trabalho, notou que as coisas estavam do mesmo jeito que deixara. Desconfiada, resolveu acionar a polícia.

Prova suficiente.

A despeito de o ofendido não ter sido ouvido sob o pretório, não há motivos para se duvidar da palavra das testemunhas, diante da ausência de elementos a comprovar qualquer animosidade anterior específica que justificasse falsa incriminação, por mero deleite.

HERSYL, JOSÉ CARLOS e IVISON agiram em conluio com diversos outros, em verdadeira organização criminosa, associando-se em estrutura orde-

Acesso ao Sumário

nada para a prática dos delitos de lavagem de valores resultantes de crime de extorsão, mediante divisão de tarefas, objetivando ocultar a vantagem financeira obtida ilicitamente.

Do mesmo modo em relação ao delito pretérito de extorsão. Houve aplicação do golpe conhecido como "falso sequestro", mediante concurso de **HERSYL e JOSÉ CARLOS**, tendo, o ofendido, sido constrangido, mediante grave ameaça, a entregar valores em dinheiro.

Portanto, inarredável a condenação, permanecendo incólumes os fundamentos trazidos na decisão de Origem que apreciou, na integralidade, toda a prova oral, bem como os argumentos defensivos:

*"(...) Igualmente, não prospera a versão exculpatória firmada pelos acusados **HERSYL** e **JOSÉ CARLOS**. Quanto ao primeiro, em interrogatório judicial, declarou que não se comunicou com a vítima e sua voz não consta de gravações com o ofendido. **Ora, não poderia ser diferente, posto que a autorização judicial para interceptação telefônica se deu após o conhecimento dos fatos, de modo que não se interceptam chamadas realizadas no passado.** **HERSYL** afirmou ainda que não foram identificadas contas bancárias de sua titularidade ou de parentes e pessoas próximas, o que não é argumento válido para afastar o delito de "lavagem" de capitais, justamente porque essa prática criminosa se vale do aliciamento de outras pessoas que não possuem vínculo direto com o crime original, todos agindo em conjunto e com unidade de propósitos, para ocultar ou dissimular os valores provenientes da prática ilícita. Igualmente inverossímil é a justificativa para que seu endereço de e-mail estivesse vinculado a um dos celulares empregados na prática delitiva. Verifica-se que, enquanto o acusado declara não conhecer os demais corréus, foi também com o aparelho celular em que cadastrado seu e-mail que se realizou pesquisas sobre localidades propícias à aplicação do "golpe do falso sequestro", o que, deveras, não é simples coincidência. Além disso, através desse telemóvel também houve contato com o ofendido, o que permitiu a identificação da linha telefônica e subsequentes quebra de dados e interceptação telefônicas. (...)".*

Como se vê, realmente irrefutável o vínculo associativo. Havia nítida divisão de tarefas. Os ora apelantes e outros comparsas, do interior do presídio, eram os responsáveis pelas extorsões, consistente em golpes de "falsa sequestro". O delito não teria êxito caso não existisse uma rede de operação fora da cadeia, com pessoas responsáveis pela cooptação de contas correntes, onde o dinheiro era depositado ou transferido, numerário que, obviamente, era repartido e chegava aos autores da extorsão. Nada disso seria possível se não fosse por meio de uma organização criminosa, onde todos auferiam quantias ilícitas e participam do "branqueamento" do dinheiro ilegalmente obtido.

Acesso ao Sumário

Dosimetria

JOSÉ CARLOS - as iniciais partiram com acréscimo de 1/5, **3 anos, 7 meses, 6 dias de reclusão e 12 dias-multa** (organização criminosa e lavagem de capitais) e **4 anos, 9 meses, 18 dias de reclusão e 12 dias-multa** (extorsão), alicerçado no mau antecedente (822/827) e nas graves consequências do delito para o ofendido, que arcou com significativo prejuízo patrimonial e moral, o que se revelou adequado e consentâneo às peculiaridades.

Na segunda fase, pela dupla reincidência (fls. 822/827), operou-se correto aumento de 1/5, **4 anos, 3 meses, 25 dias de reclusão e 14 dias-multa** (organização criminosa e lavagem de capitais). Reconhecida, ainda, no tocante à extorsão, a agravante do CP, art. 61, II, h) - delito praticado contra pessoa maior de 60 anos foram aumentadas de 1/4, atingindo-se **6 anos de reclusão e 15 dias-multa.**

Ainda nesse estágio, como bem consignado pelo magistrado ***a quo***, *"não merece acolhimento o pleito defensivo consignado pela D. Defensoria Pública para afastamento da agravante com justificativa de que a idade do ofendido não era de conhecimento dos acusados, com risco de responsabilização objetiva. Deveras, tal conhecimento é desnecessário, posto que o legislador adotou critério objetivo e cronológico, conferindo maior rigor punitivo para a espécie por presumir a vulnerabilidade da pessoa idosa".*

Na derradeira, pelo concurso de agentes, operou-se aumento mínimo de 1/3, obtendo-se, de forma definitiva, **8 anos de reclusão e 20 dias-multa.**

Condutas derivadas de desígnios autônomos (art. 69, ***caput***) foram corretamente somadas, atingindo-se **16 anos, 7 meses, 20 dias de reclusão e 48 dias-multa.**

HERSYL - as iniciais partiram com acréscimo de 1/6, **3 anos, 6 meses de reclusão e 11 dias-multa** (organização criminosa e lavagem de capitais) e **4 anos, 8 meses de reclusão e 11 dias-multa** (extorsão), alicerçado nas graves consequências do delito para o ofendido, que arcou com significativo prejuízo patrimonial e moral, o que ora se ratifica.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase, pela tripla reincidência (fls. 887/892), operou-se correto aumento de 1/4, **4 anos, 4 meses, 15 dias de reclusão e 13 dias-multa** (organização criminosa e lavagem de capitais). Reconhecida, ainda, no tocante à extorsão, a agravante do CP, art. 61, II, h) - delito praticado contra pessoa maior de 60 anos - aumentando-se as penas na fração de 1/3, atingindo-se **6 anos, 2 meses, 20 dias de reclusão e 14 dias-multa**, conforme já fundamentado.

Na derradeira, pelo concurso de agentes, sofreram aumento mínimo de 1/3, obtendo-se, de forma definitiva, **8 anos, 3 meses, 16 dias de reclusão e 18 dias-multa.**

Pelo concurso material, foram somadas, perfazendo-se **17 anos, 16 dias**

de reclusão e 44 dias-multa.

IVISON - as iniciais partiram com acréscimo de 1/6, **3 anos, 6 meses de reclusão e 11 dias-multa** (organização criminosa e lavagem de capitais), alicerçado nas graves consequências do delito para o ofendido, que arcou com significativo prejuízo patrimonial e moral, o que ora se ratifica.

Ausentes agravantes e atenuantes.

Nesse ponto, nada a alterar, pois, malgrado o recurso ministerial, o ora apelado não foi condenado pelo delito de extorsão, em relação ao qual, no tocante aos corréus, fora reconhecida a agravante do CP, art. 61, II, h.

Ausentes causas de aumento - inaplicável o CP, art. 158, § 1º, pelos mesmos fundamentos já consignados - e de diminuição, tornaram assim definitivas.

Condutas derivadas de desígnios autônomos (art. 69, ***caput***) foram somadas, atingindo-se **7 anos de reclusão e 22 dias-multa.**

Quanto ao regime, correto o fechado a **JOSÉ CARLOS e HERSYL**, em razão da recidiva, do montante aplicado e da gravidade concreta - exaustivamente explanada -, em consonância ao CP, art. 33, § 2º, a) e § 3º.

No tocante a **IVISON, mantém-se o** semiaberto, mediante exauriente e irretocável fundamentação, o que se preserva, a despeito do recurso ministerial.

"Diante do montante de pena aplicada e circunstâncias judiciais não inteiramente favoráveis, consideradas ainda a primariedade e o período de prisão cautelar cumprido, o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o semiaberto. Com efeito, o acusado praticou delitos graves, no âmbito de organização criminosa, contribuindo para o proveito de crime de extorsão, práticas que causam intranquilidade no meio social. A resposta estatal deve ser mais severa, afigurando-se proporcional o regime inicial aplicado, e suficiente para atender às funções preventiva e retributiva da pena. Outrossim, pelos mesmos fundamentos, não faz jus a "sursis" ou conversão para pena restritiva de direitos".

Diante do exposto, **rejeitada a preliminar, nega-se provimento aos recursos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500201-45.2022.8.26.0551, da Comarca de Limeira, em que é apelante GUILHERME DA SILVA PRADO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.395)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 30 de janeiro de 2023.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de tráfico de drogas. Preliminar de nulidade do processo por irregularidade na abordagem. Rejeição. Absolvição. Não cabimento. Materialidade, autoria e traficância demonstradas. Não provimento ao recurso.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.161), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls.161/166 na qual foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de tráfico de drogas (artigo 33, *"caput"*, da Lei n° 11.343/06), pretendendo, em preliminar, a nulidade do processo por irregularidade na abordagem, e, no mérito, a absolvição por insuficiência probatória, e subsidiariamente, a desclassificação para o crime do artigo 28 da mesma Lei Especial (fls.184/194).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público por seu não provimento (fls.199/202).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.223/234).

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar.

Beira o absurdo a argumentação da Defesa ao alegar que não praticava qualquer crime que ensejasse a abordagem. Ora, nos termos do artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem está praticando a infração penal. Neste caso, o Réu tinha consigo e guardava porções variadas de drogas, praticando o crime a ele imputado na denúncia. Desta forma, as circunstâncias do caso – nervosismo ao perceber a presença dos milicianos, escondendo algo no bolso de sua bermuda – motivaram a abordagem de forma legítima, justamente a fim de conferir se ele não realizava algum crime. Com efeito, a abordagem policial se justificou objetivamente, seja pela mudança re-

Acesso ao Sumário

pentina na atitude do Réu, seja por guardar algo no bolso sem qualquer justificativa. Além disso, confessou informalmente que as drogas eram destinadas à venda. Sendo assim, desqualificar a ação policial em situações como esta significa comprometer ações de segurança pública e de combate à criminalidade, além de ensejar a injusta absolvição de pessoas que praticam crime equiparado a hediondo. No mais, não se trata de busca como meio de prova (artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal), mas de atividade decorrente do poder geral de polícia, aqui preventiva, cujo resultado foi a constatação de prática de crime permanente em estado de flagrância (artigo 303 do Código de Processo Penal), daí porque válidas são as provas produzidas, cujo teor forma conjunto harmônico e coerente para respaldar a condenação.

Quanto ao mérito, inconsistente o recurso.

A prova oral aqui referida está contida em mídia audiovisual.

Conforme apurado: ***1.*** policiais militares avistaram o Réu o qual, ao perceber a presença da viatura, demonstrou nervosismo, escondendo algo no bolso de sua bermuda, o que ensejou a abordagem; ***2.*** o Réu tinha consigo porções de cocaína e de maconha, além de R$ 80,00 em notas trocadas e um celular; ***3.*** em seguida, o Réu revelou que tinha mais entorpecentes escondidos em uma construção, o que ficou constatado; ***4.*** o Réu confessou informalmente, não só que as drogas eram destinadas ao comércio espúrio, mas também que as recebeu de uma pessoa com alcunha "Trivela".

A materialidade está comprovada pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls.121/123), atestando se tratar de 187,84g de maconha, e de 30,21g de cocaína.

A autoria é incontroversa, pois a negativa judicial do Réu não converge com as demais provas produzidas.

Os policiais militares Leandro e Daniel, sob o crivo do contraditório, confirmaram o fato descrito na denúncia.

Note-se, quanto à credibilidade dos testemunhos policiais, que não há restrições legais para que prestem depoimento, mediante compromisso, sobre seus atos de ofício, e nada há de concreto a indicar a existência de qualquer espécie de motivação para indevidamente prejudicar o Apelante, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 149.540-SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. em 12.04.2011):

> "2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal".

Acesso ao Sumário

O depoimento de policial que cumpre sua missão na repressão dos crimes, é, portanto, tão válido como qualquer outro, e a circunstância de ser testemunha não afeta positiva ou negativamente o valor probatório de seu relato.

A prova produzida forma conjunto harmônico e coerente capaz de respaldar o decreto condenatório, já que: ***1.*** o Réu tinha consigo e guardava 187,84g de maconha, e 30,21g de cocaína, além de dinheiro sem explicação de origem lícita (até porque informou que não trabalhava à época do fato – fls.10); ***2.*** o Réu confessou informalmente, não só que as drogas eram destinadas ao comércio espúrio, mas também que as recebeu de uma pessoa com alcunha "Trivela"; ***3.*** ficou silente na fase administrativa (fls.10), o que logicamente não o condena, mas – além de ser sintomático – também não o ajudou diante da imputação que lhe era feita (sobretudo com a alegação de que confessou informalmente o crime), muito menos a corroborar sua versão judicial; ***4.*** o Réu é reincidente específico (fls.48/49), demonstrando que o fato descrito na denúncia não lhe é estranho ou desconhecido.

O lastro probatório amealhado, portanto, é suficiente para mantença da condenação pelo crime de tráfico de drogas, incompatibilizando qualquer tese de desclassificação para o crime do artigo 28 da mesma Lei Especial.

De outra parte, como é mais do que sabido, a eventual condição de usuário não obsta o reconhecimento da atividade da traficância pelo mesmo agente, como bem já decidiu esta Câmara (Ap. n° 0004176-56.2012.8.26.0663, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 05.12.2013):

> "Não se desconhece que os acusados possam ser usuários de substância entorpecente. Todavia, a circunstância deles consumirem droga não significa não pudessem traficar. Aliás, é comum que o traficante também consuma, ou que o consumidor trafique para sustentar o vício".

Quanto à sanção penal, como se trata de tema não devolvido a esta Instância, e porque inexistentes irregularidades (há fundamentação na Sentença), fica ela mantida na integralidade.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500478-16.2020.8.26.0621, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante FABIO DA SILVA HONORATO, 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: "em sede de juízo de retratação (artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil), ratificaram o v. Acórdão de fls. 305/310, proferido por esta C. Câmara. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.243)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 31 de janeiro de 2023.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: Apelação – Juízo de retratação (art. 1.030, II, do Código de Processo Civil) – V. Acórdão desta C. Câmara de Direito Criminal que, por votação unânime, negou provimento ao apelo defensivo – Recurso especial interposto pela defesa – Impossibilidade de compensação integral entre a agravante da reincidência, notadamente a específica (como no caso em tela), e a atenuante da confissão espontânea – Inteligência do art. 67 do Código Penal – Precedentes do E. Supremo Tribunal Federal – V. Acórdão mantido, com retorno dos autos à Presidência da E. Seção Criminal desta Corte, como determinado.

VOTO

Adotado o relatório do v. Acórdão de fls. 305/310, acrescenta- se que esta C. 8ª Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, em julgamento ocorrido aos 08 de junho de 2022, **negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu Fabio da Silva Honorato**, mantendo a r. sentença que o condenou às penas de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no piso, **como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.**

Inconformada, a defesa interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, buscando a anulação do acórdão, por violação aos artigos 59, 65, inciso III e 67, todos do Código Penal. Requer ao final, a redução da pena-base, o reconhecimento da atenuante da confissão e sua compensação com a agravante da reincidência ou a diminuição da fração de aumento operada na segunda etapa (fls. 317/327).

O recurso foi contrariado pelo Ministério Público (fls. 332/337).

A Presidência da E. Seção Criminal desta Corte, em cumprimento ao disposto no artigo 638 do Código de Processo Penal e no artigo 1.030, II, do Códi-

Acesso ao Sumário

go de Processo Civil, encaminhou os autos a esta Turma Julgadora, consignando o seguinte:

"O Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.931.145/SP e 1.947.845/SP, em sessão de julgamento realizada aos 22 de junho de 2022, por unanimidade de votos, acolheu a readequação do Tema 585, nos seguintes termos: 'É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade'" (fls. 340).

É o relatório.

Sem embargo do respeitável entendimento exarado pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos dos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.931.145/SP e 1.947.845/SP, reputa-se não ser possível a compensação integral da agravante da reincidência específica com a atenuante da confissão espontânea.

Isso porque a reincidência, sobretudo a específica, é circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes, nos termos do que preceitua o artigo 67 do Código Penal: *"No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente* ***e da reincidência****"* (grifei).

Outrossim, em que pese a orientação firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, o entendimento adotado por esta Turma Julgadora está em consonância com a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, que, interpretando a matéria sob a ótica constitucional, firmou orientação pela inviabilidade da compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Confira-se:

"(...) A jurisprudência deste Supremo Tribunal está consolidada no sentido de que 'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação" (STF, HC: 188790/SC, Relator Min.: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/08/2020, Data de Publicação: 06/08/2020)

"(...) Descabe cogitar-se de ilegalidade manifesta ou flagrante teratologia, pois a jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante de confissão espontânea. A jurisprudência deste Supremo Tribunal não

Acesso ao Sumário

restringe a preponderância ao caso de ser reincidência específica ou reincidência múltipla" (STF, RHC 217971/SC, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 22/07/2022, Data de Publicação: 26/07/2022)

"(...) O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, 'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada'" (STF, HC 105.543/MS, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/04/2014, Data de Publicação 27/05/2014).

Saliente-se que, no caso em testilha, considerou-se a preponderância da reincidência específica, a justificar o afastamento da compensação integral e a adequação do acréscimo mínimo de 1/6 (um sexto) à reprimenda.

Ante o exposto, em sede de juízo de retratação (artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil), **ratifica-se o v. Acórdão de fls. 305/310**, proferido por esta C. Câmara.

Retornem os autos à E. Presidência da Seção Criminal, como determinado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004239-11.2017.8.26.0565, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante CAROLINE DA SILVA LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2023.

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – LAVAGEM DE DINHEIRO – Autoria e materialidade do delito comprovada – Conjunto probatório suficiente para manter a condenação da ré – Pena e regime prisional aberto fixados com critério e adequados – Recurso

Acesso ao Sumário

não provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação da sentença de fls. 379/384, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou a ré **Caroline da Silva Lima** como incursa nas penas do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, a cumprir, em regime inicial aberto, 03 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal; tendo-lhe sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em entidade assistencial, e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, também em favor de entidade assistencial, ambas a serem definidas pelo Juízo da Execução Criminal.

Inconformada, a acusada apela buscando a absolvição por insuficiência de provas e ausência de dolo. De forma subsidiária, pleiteia a desclassificação de sua conduta para o delito de estelionato (fls. 389/393).

O recurso foi recebido (fl. 376) e regularmente contrariado (fls. 396/401).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 408/412).

É o relatório.

O recurso não procede.

Ficou comprovado nos autos que a apelante **Caroline da Silva Lima** por volta de 13h00 do dia 24 de maio de 2016, agindo em concurso de agentes com pessoa(s) não identificada(s), ocultou e dissimulou a origem, a movimentação e a propriedade de valores provenientes de infração penal, qual seja crime de estelionato, direta ou indiretamente, do qual foi vítima Francisco de Assis Souza.

Segundo restou apurado, a vítima se interessou por uma motocicleta Honda, CG 160 Titan Flexone, Ano/Modelo 2016, vermelha, anunciada para venda no site OLX, pelo valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais). A vítima foi ludibriada por estelionatários não identificados (“Patrícia” e “Emílio Freitas Terraz”). “Emílio” se identificou como ex-funcionário da Empresa Honda, e simulou ter recebido a motocicleta como acerto trabalhista.

Ele enviou à vítima, por e-mail, “ordem de pagamento”, com os dados da conta a ser depositado o valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais). A conta era de **Caroline**. Francisco relatou que “Emílio” informou que, logo após a confirmação do depósito, ele receberia a nota fiscal por intermédio de um motoboy, o que nunca aconteceu, motivo pelo qual entendeu que fora vítima de um golpe.

A transferência eletrônica do valor foi realizada da conta pessoal da vítima, agência da Caixa Econômica Federal, localizada no Parque Industrial, na cidade e Comarca de São José dos Campos/SP. **Caroline** residia na cidade de

Acesso ao Sumário

São Caetano do Sul/SP.

A materialidade do delito está consolidada pelo boletim de ocorrência de fls. 04/06, documentos de fls. 07/08, além do ofício de fls. 252/254.

A autoria é igualmente incontroversa, embora a ré a tenha negado sempre que ouvida.

Na delegacia, contou que foi procurada pela amiga de infância, Mariana da Conceição Xavier, casada com Vanderson Lopes Norce, que lhe pediu sua conta corrente emprestada, argumentando que vendeu um veículo e não possuía conta para receber o depósito referente à venda. Aduziu que depois de muita insistência da amiga consentiu. O depósito de R$ 7.000,00 (sete mil reais) foi feito em sua conta e foi com Mariana e Vanderson até uma agência bancária para sacar o valor.

Explicou que sacou os R$ 7.000,00 (sete mil reais) e entregou a Vanderson. Não ficou com nenhum percentual do valor. Emprestou sua conta pela amizade que mantinha com Mariana, e asseverou que desconhecia que o dinheiro era proveniente da prática de estelionato. Esclareceu que emprestou a conta para o casal de amigos por três vezes, sendo que na última, em julho de 2016, foi presa em flagrante. Depois do episódio nunca mais teve contato com eles (cf. interrogatório de fls. 15/16).

Em juízo, narrou o fato da mesma maneira. Disse que nunca desconfiou da amiga e do marido dela. Narrou que foi denunciada por estelionato, quando de sua prisão em flagrante (em julho de 2016), mas foi absolvida. Aduziu que o próprio delegado de polícia disse que ela tinha sido usada como "laranja". Não prestou atenção na titularidade dos depósitos realizados em sua conta, não percebendo que se tratavam de pessoas diferentes. Disse que Mariana e Vanderson a avisavam quando o dinheiro era depositado, e a buscavam para sacar o dinheiro, levando-a até o banco (cf. audiência realizada por meio audiovisual – certidão de fl. 378).

Sucede, no entanto, que a versão apresentada pela acusada, bastante inconsistente, não foi provada por ela, ônus que lhe competia, por força do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.

De fato, a vítima Francisco de Assis narrou os fatos como acima exposto, tanto em solo policial, como em pretório. Explicou que, após realizar a TED, nunca mais conseguiu contato com "Patrícia" e "Emílio" (cf. fl. 13 e audiência realizada por meio audiovisual – certidão de fl. 378).

Mas não é só. O ofício emitido pelo Banco Itaú Unibanco S.A., de fls. 252/254, mostrou que, entre os dias 24/05/2016 a 03/06/2016, a apelante recebeu três TEDs, duas delas no dia 24/05/2016 (R$ 7.000,00 da vítima Francisco e mais R$ 8.400,00 de João Farly, não identificado) e uma no dia 03/06/2016 (no valor de R$ 8.600,00, de Fernando C P, também não identificado).

Acesso ao Sumário

Nota-se que, pela descrição do extrato, no mesmo dia em que recebia os "depósitos", **Caroline** sacava os valores. No dia 24/05 teve inclusive um lucro de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), pois sacou R$ 15.250,00 (quinze mil duzentos e cinquenta reais) e recebeu em sua conta R$ 15.400,00 (quinze mil e quatrocentos reais). No dia 03/06 sacou os R$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos reais), recebidos de Fernando C P em sua conta.

Ocorre que não há prova alguma de que tenha entregado os valores a Vanderson, além de suas declarações. Ressalte-se, ainda, que essas transações ocorreram antes da prisão em flagrante da ré, ou seja, antes de julho de 2016, quando outra vítima do golpe (Aldo José Teixeira) registrou boletim de ocorrência (cf. fls. 57/61).

Observe-se que, nessa oportunidade, o depósito, no valor de R$ 35.000.00 (trinta e cinco mil reais), realizado pela vítima Aldo, foi realizado na conta de Raquel da Silva Lima, irmã da acusada, que transferiu R$ 15.000.00 (quinze mil reais) para ela (**Caroline**); valor este que foi sacado por ela, e entregue a Vanderson, sendo o trio abordado e preso pela polícia instantes depois.

A defesa da apelante não arrolou os "amigos" Mariana e Vanderson, nem mesmo os depositantes João Farly e Fernando C P para testemunharem em seu favor, nem mesmo sua irmã Raquel, presa em flagrante na mesma oportunidade que ela.

Ora, o delito de lavagem de dinheiro consuma-se já no momento em que o agente pratica uma ação que envolva "ocultar" ou "dissimular" a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do bem, direito ou valor.

Caroline, ao receber os depósitos em sua conta, sacando os valores na sequência, cometeu o crime de lavagem de dinheiro. Como bem ressaltou o Juiz sentenciante, *"a mecânica das movimentações demonstra que a acusada sabia que aquele dinheiro não poderia permanecer em sua conta por longo período, porque sabia da origem criminosa dos depósitos. Ciente de que um crime anterior havia sido cometido e que aquele dinheiro deveria ser movimentado e transformado em espécie, esteve várias vezes em agências bancárias diversas, para sacar tudo o que fosse possível, em clara tentativa de 'ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal"* (cf. fl. 381).

Registre-se, ainda, que o crime, embora tenha caráter acessório, é autônomo e, por conta disso, não é necessária a condenação pelo crime antecedente (no caso o estelionato), bastando a existência de indícios suficientes da "lavagem" para a imputação.

Realmente, a Lei nº 9.613/98, no artigo 2º, inciso II e § 1º, dispõe que o

Acesso ao Sumário

processo e julgamento dos crimes nela previstos *"independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento"* e que a denúncia *"será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente"*.

Nesse teor é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: ***"Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, não é necessária a prova cabal do crime antecedente, mas a demonstração de 'indícios suficientes da existência do crime antecedente', conforme o teor do § 1º do art. 2º da Lei 9.613/98. (Precedentes do STF e desta Corte)"*** (REsp 1.133.944/PR, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 27/04/2010, DJe de 17/05/2010).

No mesmo sentido: HC 207936/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 27/03/2012, DJe de 12/04/2012).

O fato de **Caroline** ter sido absolvida do crime de estelionato, ocorrido em julho/2016, e registrado no boletim de ocorrência de fls. 57/61, em nada a beneficia, já que o fato aqui tratado é o ocorrido em 24/05/16, cuja vítima é Francisco de Assis Souza.

Note-se, por relevante, que o legislador pretendeu coibir, com este tipo penal, não a mera aquisição de bens com recursos provenientes de atividades escusas, mas sim, a dissimulação da origem ilícita desses "recursos" por meio de negociações que, sem a devida investigação policial, teriam plena aparência de licitude.

Percebe-se, assim, que a prova dos autos apurou, de maneira segura, que a ré cometeu o crime que lhe foi irrogado na denúncia, não havendo falar-se, bem por isso, em atipicidade de conduta ou insuficiência de provas.

A pena de **Caroline** foi fixada com critério e deve ser conservada.

A básica foi estabelecida no mínimo legal, e restou definitiva em **03 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal**, à míngua de modificadoras.

Na sequência, a sanção corporal foi substituída por duas restritivas de direitos; eleito o regime inicial **aberto** na hipótese de conversão da benesse, nos termos do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal, de forma que, a meu ver, a acusada, também nesse particular, nada tem a reclamar.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0036155-27.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEILA GAICTH, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.661)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2023.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: ESTELIONATO – Absolvição ou desclassificação – Inadmissibilidade – Prova boa, robusta e segura a lastrear o decreto condenatório.
RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos, etc...

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 284/300), acrescenta-se que **LEILA GAICTH**, por infração ao artigo 171, "caput", na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, foi condenada às penas de 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, em regime aberto, com pagamento de 20 diárias.

Inconformada, apela buscando absolvição por insuficiência probatória; alternativamente, pleiteia desclassificação de sua conduta para o delito de charlatanismo ou curandeirismo e, por fim, almeja o afastamento da continuidade delitiva, requerendo a aplicação de penas alternativas ou "sursis".

Regularmente processado o recurso, por seu improvimento, foi o parecer ministerial de fls. 334/336.

É o relatório.

Ressalta-se, inicialmente, que cumpre registrar que o crime de estelionato, cuja prática é imputada à acusada, encontra previsão no art. 171, caput, do Código Penal, in verbis:

"Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Acesso ao Sumário

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa."

Sobre o citado delito, esclarece a doutrina:

"A conduta é sempre composta. Obter vantagem indevida induzindo ou mantendo alguém em erro. Significa conseguir um benefício ou um lucro ilícito **em razão do engano provocado na vítima**. [...] Induzir quer dizer incutir ou persuadir e manter significa fazer permanecer ou conservar. Portanto, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha. É possível, pois, que o autor do estelionato provoque a situação de engano ou apenas dela se aproveite. De qualquer modo, comete a conduta proibida" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 843).

Rogério Grecco ainda leciona:

"Sendo a fraude o ponto central do delito de estelionato, podemos identificá-lo, outrossim, por meio dos seguintes elementos que integram a sua figura típica: a) conduta do agente dirigida finalisticamente à obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; b) a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiro; c) a vítima é induzida ou mantida em erro; d) o agente se vale de um artifício ou qualquer outro meio fraudulento para a consecução do seu fim. (in Curso de direito penal, parte especial. Vol. III. São Paulo: Impetus, 2007. p. 242).

Transpassadas as primeiras anotações, não há como acolher o pleito absolutório ou desclassificatório esposado pela esforçada defesa, e isto porque, após o acurado exame dos autos, ficou demonstrado que a apelante, nas circunstâncias de tempo e lugar mencionadas na denúncia, por várias vezes e de modo continuado, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da vítima Jayme da Silva, com 84 anos, induzindo-a e mantendo-a em erro mediante artifício, ardil e outro meio fraudulento.

A materialidade ficou devidamente evidenciada pelo boletim de ocorrência de fls. 03/04, pelos extratos da conta bancária da vítima (fls. 15/17), pelos documentos de instauração (fls. 11/12), bem como pela prova oral produzida durante a instrução processual.

A ré, tanto na delegacia quanto em juízo, negou a autoria delitiva, esclarecendo que conheceu a vítima no supermercado e que, após breve conversa, disse a mesma que fazia benzimentos, momento em que a vítima pediu o seu endereço, pois estava acometida de doença respiratória. Posteriormente, a vítima começou a participar dos trabalhos espirituais realizados pela interroganda, indo à sua residência algumas vezes, afirmando, que durante 21 dias chegou a fazer trabalho de "banhos e ervas" para o senhor Jayme, acrescentando, que nunca pediu qualquer ajuda financeira ao ofendido e foi ele quem pediu o número da

Acesso ao Sumário

conta da apelante para que pudesse fazer depósitos em agradecimento ao tratamento espiritual realizado. Afirma que ficou surpresa ao ver o valor depositado, inicialmente, R$ 150.000,00 e depois um segundo depósito de R$ 50.000,00, esclarecendo que nunca cobrou pelos trabalhos até porque era uma casa de caridade. Gastou o dinheiro, e não acha tenha feito algo de errado.

A vítima, ouvida apenas em sede policial, eis que acabou falecendo durante o processamento da ação penal, afirmou que contava com problemas de saúde e recebeu o panfleto da ré que disse chamar-se Patrícia benzedeira, a qual dizia ser orientadora espiritual e benzedeira. Passou, então a participar da realização dos trabalhos espirituais na esperança de buscar sua cura e que, durante os referidos trabalhos, efetuava alguns pequenos pagamentos a ré, cujas datas e valores não se recorda. No entanto, posteriormente, a apelante exigiu novos pagamentos para realizar o serviço, afirmando que após a realização destes trabalhos ele se curaria e passaria a ter uma vida normal. Disse que a ré é uma mulher de conversa fácil e, por isso, acabou acreditando no que ela prometia. Assim, efetuou o depósito dos valores que ela pediu, na conta bancária por ela indicada, em nome de Leila Gaicth, junto ao banco Caixa Econômica Federal. Esclareceu que em 09/10/2014 depositou a importância de R$ 150.000,00 e em 23/10/2014 depositou a importância de R$ 50.000,00. Disse que a quantia de R$ 50.000,00 foi exigida pela recorrente a título de se fazer novos trabalhos espirituais, os quais envolviam espíritos ancestrais da esposa, o que não estaria incluso no primeiro pagamento. Contou que, mesmo após ter realizado os pagamentos solicitados pela ré, ela não realizou os "trabalhos" e ainda voltou a lhe procurar, tentando de todas as formas que ele vendesse o apartamento em que morava e deixasse a cidade. Disse que até chegou a colocar o imóvel a venda, mas o negócio não se concretizou, pois decidiu consultar o seu advogado, o qual lhe orientou a não efetuar a venda.

Ressalte-se que em crimes patrimoniais desta espécie, a palavra da vítima possui notável valor probante, especialmente quando corroborada pelos demais elementos probatórios acostados aos autos, porquanto são comumente praticados na clandestinidade.

A testemunha Dário, em juízo, afirmou que foi advogado da vítima e que foi procurada pela mesma para verificar um contrato de compra e venda de imóvel. Esclareceu que a vítima era um senhor de idade, com seus 83 a 84 anos, e que ao indagar porque estaria querendo vender seu imóvel, já que contava com certa idade e ainda com doença respiratória e que a procura de uma nova casa seria desgastante, recebeu como resposta do Senhor Jayme que havia pegado um cartão de uma benzedeira, que conheceu no supermercado e que ela havia lhe prometido, através de trabalhos espirituais a cura dos problemas de saúde. Como ele estava fragilizado tanto pela idade, quanto pelos problemas de saúde passou a frequentar a casa da ré, sendo que a mesma passou a pedir montantes

de dinheiro, sendo feitos depósitos na importância de R$ 150.000,00 e de R$ 50.000,00, depois a recorrente ainda teria solicitado a importância de mais R$ 200.000,00, sendo por isto que o ofendido estava querendo vender seu imóvel, momento que o depoente advertiu a vítima de que se tratava de um golpe e que ela não deveria vender o seu apartamento para dar mais dinheiro à benzedeira. Não teve contato nem físico e nem por telefone com a ré, pois ela não atendia mais as ligações. Foi até a delegacia para comunicar o crime, pois a vítima tinha muita dificuldade de se locomover, por conta da doença. A ré prometeu ao ofendido Jayme que ele iria se curar da doença, que não precisaria mais de remédios e teria uma vida normal. Ela dizia que o dinheiro era para realizar os "trabalhos" que seriam oferecidos às entidades espirituais, e isso iria curá-lo. Inventava várias "desculpas" para o destino do dinheiro. Disse que a vítima deu a ré mais de R$ 200.000,00. Esclareceu que a vítima lhe contou que as bençãos eram feitas na casa da ré, que as sessões ocorriam em um quarto escuro, onde havia luzes de neon. A vítima demonstrava crença nos rituais e foi somente depois que ele, depoente, explicou que se tratava de um golpe que ele "caiu em si". Inclusive, ficou com vergonha de falar com os demais familiares que tinha sofrido um golpe desses. Não apresentou nenhuma melhora depois que teve contato com a benzedeira. Pelo contrário, só piorou, principalmente, quando percebeu que tinha caído em um golpe perpetrado pela ré. Veio a óbito cerca de 6 ou 8 meses depois.

A testemunha de defesa José Fernando, afirmou desconhecer os fatos narrados na inicial, apenas mencionando que a ré ajuda muitas pessoas e que nunca a viu cobrando pelos trabalhos apenas recebia doações.

Conforme se observa do robusto conjunto probatório, a vítima se mostrava combalida, devido aos problemas de saúde que enfrentava, vindo a conhecer a ré em um supermercado, momento em que esta lhe entregou um panfleto dizendo que poderia ajudá-lo; ato contínuo, o ofendido passou a frequentar a casa da ré e sempre ofertando pequenas quantias em dinheiro quando da realização dos trabalhos espirituais (que aconteciam em um quarto escuro da residência da ré). Ocorre que, com o passar do tempo, a ré passou a exigir novos pagamentos para a realização de novos trabalhos afirmando que ficaria bom, oportunidade em que a vítima fez um depósito de R$ 150.000,00 e outro de R$50.000,00. Ocorre que a ré, não satisfeita com a vantagem ilícita que já tinha obtido, continuou induzindo e mantendo em erro a vítima, passando a exigir que mesma vendesse seu apartamento, eis que seria necessário o aporte de mais R$ 200.000,00 para a realização de novos trabalhos espirituais.

Observa-se que a vítima, diante da nova exigência, colocou o imóvel que ela morava a venda e, foi consultar a testemunha Dário, seu advogado, acerca do contrato de compra e venda do imóvel, momento em que este, a partir do momento em que tomou conhecimento da motivação da venda, verbalizou à

Acesso ao Sumário

vítima que não vendesse seu apartamento, pois se tratava de um golpe, sendo que a vítima, envergonhada de ter sido enganada e do prejuízo sofrido, ficou com vergonha de seus familiares, vindo a falecer, posteriormente.

Observa-se, também, que a ré, aproveitando-se da fragilidade emocional da vítima, atraía o cliente para o primeiro atendimento, oportunidade em que a "Médium" ofertava a realização de "trabalhos" com suposto intuito de livrá-la do mal que a afligia ou a seus familiares, fazendo com que o ofendido se submetesse imediatamente ao que foi solicitado - o que demonstra que a ação da apelante não pode ser classificada como mero serviço de "cunho espiritual".

Nota-se inclusive que a ré transparecia ter completo controle da situação e conhecimento das técnicas prolatadas. Na verdade, essa atitude é típica de praticantes de estelionato, porquanto, com o objetivo fraudulento, buscam a confiança da vítima para possibilitar a conclusão do injusto. É certo que, a atitude da denunciada dificultou ainda mais a percepção da fraude, tendo em vista que, frente a aparente garantia prestada e conhecimento demonstrados pela acusada, a vítima não conseguia perceber o golpe que acabara de ser praticado. Aliás, o engodo era tão grande e convincente que, para angariar a confiança da vítima, a acusada realizava seus trabalhos em sala escura, induzindo, portanto, que estivesse em contato com mundo espiritual completando sua ritualística.

Nesse contexto, as provas dos autos são conclusivas a fim de evidenciar o dolo com que agia a ré (vontade de obter lucro indevido), uma vez que a vítima, ludibriada mediante falsa promessa de que os seus problemas de ordem pessoal e saúde se resolveriam (meio ardil), efetuava vultoso pagamento para a realização de trabalhos espirituais que não produziriam os efeitos anunciados, sendo, portanto, o acolhimento dos pleitos defensivo ou desclassificatório.

Diante disto, o que se percebe é que a prova coligida é harmônica e leva ao reconhecimento inescusável da autoria delitiva. A condenação da ré, portanto, é medida de rigor, sendo impossível sua absolvição ou desclassificação, como já mencionado anteriormente.

No tocante à dosimetria da pena, não assiste razão à esforçada defesa.

A pena-base, considerando as circunstâncias desfavoráveis esposadas pela ilustre sentenciante, devem ser mantidas um sexto acima do mínimo legal, ou seja, em 1 ano e 2 meses, acrescida, na segunda fase, de um sexto diante da reconhecida agravante genérica (crime praticado contra pessoa maior de 60 anos), resultando em 1 ano e 4 meses e 10 dias, acrescida, por fim, de dois terços, diante da continuidade delitiva, totalizando 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, com pagamento de 20 diárias.

O aumento pela continuidade delitiva de crimes deve ser mantido, pois o critério de ocorrências de crimes é aceito para a fixação do patamar e, ademais, como apurado no conjunto probatório a vítima foi submetida a tratamento espi-

Acesso ao Sumário

ritual de, ao menos 21 dias e, por várias vezes ofertava dinheiro para os compromissos com os "santos".

Neste sentido:

"PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL DE AUMENTO. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO *MONOCRÁTICA. VIABILIDADE.*

1. ***Esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações;1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações;1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.***

2. In casu, tendo as instâncias ordinárias afirmado que o Agravado praticara 5 (cinco) crimes de corrupção passiva, o aumento pelo delito continuado deve operar-se no quantum de 1/3 (um terço).

3. Estando o acórdão recorrido em discordância com jurisprudência dominante deste Sodalício quanto ao aumento decorrente do crime continuado, correta encontra-se a decisão que, monocraticamente, dá parcial provimento ao recurso especial, a teor do disposto no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, 557§ 1º-A Código de Processo Civil 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (1169484 RS 2009/0233190-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 06/11/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2012,

O regime fixado foi o mais brando, nada havendo, portanto, a ser reparado.

Diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, acertada a decisão de não conceder as benesses das penas alternativas ou do "sursis", eis que não recomendadas socialmente, pois a busca do lucro fácil e a qualquer preço manifestada pela apelante exige do Estado a imposição a ela de pena individualizada, que a estimule a se comportar de acordo com os valores eleitos pelo sistema, respeitando os bens jurídicos tutelados pela norma, evitando que volte a delinquir.

De tudo se vê, que a ilustre sentenciante, fazendo da prova cuidadosa análise, deu ao caso dos autos adequada solução, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Posto isto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506001-24.2020.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JEFFERSON DA SILVA GARCIA e CLAYTON OLIVEIRA DE FRANCA, é apelado 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 as preliminares arguidas e, negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Leonardo José Gomes 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 56.441)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2023.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO SIMPLES – CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE – ACUSADOS DEVIDAMENTE INTIMADOS ACERCA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – EVENTUAIS NULIDADES OCORRIDAS NO CURSO DO PROCESSO DEVEM SER ARGUIDAS EM MOMENTO OPORTUNO, SOB PENA DE PRECLUSÃO TEMPORAL – ACUSADOS, ADEMAIS, ASSISTIDOS POR DEFESA TÉCNICA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL – DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA ASSEGURADOS – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA – INADMISSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – CRIME ANTECEDENTE CONFIGURADO – DOLO PATENTE NAS CONDUTAS DOS APELANTES – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PENAS E REGIMES PRISIONAIS IMPOSTOS COM CRITÉRIO – PENA-BASE ELEVADA DE FORMA FUNDAMENTADA – ACUSADO JE-

Acesso ao Sumário

FFERSON PORTADOR DE NÓDOAS PRETÉRITAS – REGIME PRISIONAL SEMIABERTO PARA CLAYTON E FECHADO PARA JEFFERSON MANTIDOS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE CLAYTON POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS BEM DELINEADA – DECISÃO MANTIDA – REJEITADAS AS PRELIMINARES, E RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

JEFFERSON DA SILVA GARCIA e CLAYTON OLIVEIRA DE FRANÇA foi condenado pelo r. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de SÃO PAULO, nos autos do Processo nº 1506001-24.2020.8.26.0228, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Carlos Eduardo Lora Franco*, como incursos no artigo 180, *"caput"*, do Código Penal: JEFFERSON, às penas de 02 (dois) anos 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime prisional fechado e ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, fixados no valor mínimo legal; e, CLAYTON, às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime prisional semiaberto, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade deste por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fls. 315/319).

Os apelantes foram processados porque no dia 12 de março de 2020, por volta de 22h, na Rodovia Anhanguera, km 13 pista norte na cidade de São Paulo, foram surpreendidos enquanto JEFFERSON conduzia o caminhão VW modelo 24.280, de cor azul, de placas FET-2030, tendo CLAYTON ao seu lado, veículo que sabiam ser produto de crime.

Apela CLAYTON, arguindo, em sede preliminar, cerceamento de defesa, por ausência de intimação para a audiência de instrução e julgamento. No mérito, pleiteia a absolvição por fragilidade probatória (fls. 323/330).

Apela JEFFERSON, por sua vez, repisando a matéria preliminar alegada pelo corréu, sustentando, ainda, falha na conexão de internet para a não participação na audiência de instrução e julgamento. No mérito, busca a absolvição, ante a ausência de dolo na conduta e por erro de tipo, ante a falsa percepção da realidade e, subsidiariamente, requer a aplicação da pena no mínimo legal e a fixação de regime prisional mais brando (fls. 360/368).

Contrariados os recursos (fls. 349/354 e 375/380), o douto Procurador de Justiça Dr. José Fernando Paes de Barros Júnior, opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelos seus desprovimentos (fls. 390/394).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A preliminar de cerceamento de defesa, aventada por ambas as defesas, não merece prosperar.

CLAYTON foi devidamente notificado a apresentar sua defesa (fls. 207/209), o que foi feito, conforme se observa às fls. 215/216. Ato contínuo, foi intimado da realização da audiência e recebeu o *link* através do aplicativo *Whatsapp*, o que foi certificado na certidão de fls. 256, optando por não participar do ato.

Por seu turno, JEFFERSON, a despeito de ter alegado inconsistência na *internet*, o que o teria impedido de participar da audiência, sequer comprovou a referida alegação. Ademais, após ser notificado para apresentar sua defesa, juntada às fls. 171/173, foram realizadas diversas tentativas de localizá-lo, a fim de que fosse intimado, restando, porém, infrutíferas, sendo certo que cabe ao réu manter o seu endereço atualizado nos autos.

Outrossim, eventuais nulidades que, porventura, ocorram no curso do processo, devem ser aventadas em momento oportuno, sob pena de preclusão temporal.

Destaque-se que, na hipótese, a nulidade aventada é relativa e deveria ter sido ventilada ao tempo das alegações finais. Trata-se de nulidade nominada de colete, construída, cuja não arguição pelas partes no momento oportuno, caracteriza a concordância tácita.

Não se vislumbra, no mais, o prejuízo experimentado pelos apelantes, que estiveram assistidos por suas defesas técnicas durante todo o ato processual, garantindo-lhes, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Arredadas as preliminares, no mérito, os reclamos não comportam guarida.

A autoria e a materialidade estão suficientemente demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Verte da exordial acusatória que o caminhão acima mencionado é produto de roubo ocorrido em 11 de março de 2020, na Rodovia Presidente Dutra, quando quatro ladravazes armados o subtraíram de Odair José dos Santos, evadindo-se em posse do bem. No período compreendido entre o referido crime e o dia 12 de março de 2020, os acusados receberam tal veículo, cientes de sua origem ilícita. Nesta última data, o acusado JEFFERSON o conduzia pela mencionada Rodovia, tendo CLAYTON ao seu lado, quando foi avistado por policiais militares, que realizavam patrulhamento de rotina pelo local, os quais, após identificação do veículo pelo sistema de radar inteligente, de imediato procederam à abordagem daqueles. Indagados acerca dos fatos, os acusados disseram que foram pagos para levar o caminhão até Cajamar, sendo que estavam se revezando na direção do veículo. Alegaram que era um favor a "um amigo", sem identificar nem quem lhes entregou o veículo e nem quem o iria receber.

Acesso ao Sumário

Os acusados, em solo policial, optaram por permanecer calados e, em Juízo, tiveram suas revelias decretadas.

A vítima Odair, em seu depoimento judicial, confirmou que seu caminhão foi roubado e, no dia seguinte, localizado pelo Polícia, na posse dos acusados.

O policial Diego confirmou, em seu depoimento, os termos da denúncia. Aduziu que estava em patrulhamento, quando foi alertado via COPOM sobre o deslocamento ao local em que estava um caminhão que havia sido roubado na noite anterior. Juntamente com seu colega de farda, fez o acompanhamento do veículo e realizou a abordagem. Na condução do veículo estava o acusado JEFFERSON e, no banco do passageiro, o acusado CLAYTON. Indagados, ambos confirmaram que estavam transportando o caminhão para entrega-lo a terceira pessoa, porém sem mais detalhes.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre registrar que o veículo somente pôde ser localizado, pois, previamente aos fatos, já constava inserido no sistema de busca DETECTA, restando estreme de dúvidas a prévia comunicação do roubo sofrido pela vítima, falecendo a alegação de que, por ter o registro da ocorrência se dado em momento posterior, não teria havido crime antecedente.

Ademais, não vinga a tese de falsa percepção da realidade, haja vista que, quando detidos pelos policiais, na posse de bem anteriormente subtraído, ambos os acusados optaram por permanecer silentes, não trazendo qualquer justificativa ou detalhe que ao menos explicasse o que faziam na condução de um veículo roubado na noite anterior.

Não se pode perder de vista que, em crimes patrimoniais, a prisão do agente na comprometedora posse da res de origem ilícita, somada à falta de justificativa verossímil, acarreta a inversão do ônus da prova, e, ante a ausência de versão exculpatória, segundo o princípio da livre convicção do julgador, autoriza o desate condenatório.

De outra banda, para a caracterização do dolo na receptação, basta a comprovação de que o agente, em decorrência das circunstâncias do fato, tinha todas as condições de saber a respeito da procedência ilícita da res ou, face às circunstâncias, não poderia desconhecer a origem espúria da coisa.

Nesse contexto, o dolo restou patente na conduta dos acusados, podendo ser inferido do conjunto de circunstâncias que permeiam o delito. Aliás, em se tratando de crime de receptação dolosa, a demonstração de que o agente tinha ciência sobre a origem ilícita da coisa pode ser deduzida de circunstâncias exteriores, ou seja, do comportamento externo, do *modus operandi*, uma vez que, não se podendo penetrar no foro íntimo do agente, não há como se aferir o dolo de maneira direta ou positiva.

É, aliás, o que tem entendido a jurisprudência, conforme memorável

Acesso ao Sumário

julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal: *"RECEPTAÇÃO Em se tratando de crime de receptação, a aferição do dolo do agente é muito difícil, visto ser impossível perscrutar o seu íntimo, podendo, assim, ser alcançado pelas circunstâncias exteriores que envolvem o fato e por prova indiciária"* (RJTACRIM 37/342 Rel. Des. Souza Nery).

De rigor, portanto, a manutenção das condenações aplicada.

Passa-se a análise da dosimetria penal.

Ambos os acusados tiveram suas penas-base elevadas com supedâneo nas circunstâncias do delito, de forma brilhantemente externada pelo Juízo sentenciante, devendo aqui ser reproduzida: *"Um ponto que deve levar a um considerável aumento da pena base é justamente a natureza do objeto receptado. Veículos são normalmente objetos de elevado valor relativo, cuja subtração gera enormes prejuízos para as vítimas, atingindo-as profundamente, significando muitas vezes a perda de anos de economia. Ademais, são alarmantes os índices de furto e roubo de veículos, não havendo dúvidas de que a receptação dos veículos é o grande estímulo aos demais crimes. No site da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (pesquisa feita em 2 de setembro de 2020), consta que no quarto trimestre de 2019 foram registradas 34.503 ocorrências de furtos e roubos de veículos no estado de São Paulo, sendo 14.623 apenas na Capital. Ou seja, mais de 157 furtos e roubos de veículos por dia apenas nesta cidade! Não há dúvidas, portanto, de que é um crime que assola esta comunidade e que exige uma séria e enérgica repressão estatal, sob pena de se chegar a uma situação de absoluta desestruturação do convívio em sociedade. E tal repressão passa, sem dúvida alguma, também pela aplicação de penas severas aos casos de delitos envolvendo veículos, de forma a efetivamente desestimular tal prática tão lucrativa para os criminosos. Ademais, além de ser um delito que pelo valor do objeto produto de crime, gera maiores vantagens ao criminoso em contrapartida a consequências mais danosas à vítima, tem-se também que é inegável que é necessária muito maior determinação criminosa para receber, guardar ou conduzir um veículo, bem este sujeito a diversos controles públicos de propriedade e circulação, do que um objeto pequeno, de baixo valor e de fácil ocultação e comercialização. E, pior ainda, quando se trata de veículo de carga, sendo que os roubos de carga geralmente geram enormes prejuízos, e muitas vezes implicam em restrições à liberdade das vítimas, como ocorrido no presente caso. Não é possível que a receptação de um veículo seja apenada da mesma forma, ou de forma próxima, a de quem recepte uma bicicleta ou um relógio furtados, por exemplo. As gravidades das condutas são totalmente díspares, denotando no caso do crime relativo a veículos uma culpabilidade redobrada e uma personalidade muito mais seriamente comprometida e voltada para a criminalidade, bem como gerando muito maiores prejuízos para as vítimas, e estimulando a ocorrência de crimes muitas vezes de gravidade ímpar,*

Acesso ao Sumário

como roubos com uso de arma de fogo e restrição à liberdade das vítimas. Aliás, ao contrário de um celular que se coloca no bolso e ninguém mais vê, no caso de veículos a pessoa tem que entrar no mesmo, no caso de carros, ou ficar sobre o mesmo, no caso de motocicletas, e circular publicamente com ele, evidenciando assim uma audácia e destemor muito maior por parte de quem tem a coragem de receber um veículo produto de crime. Também, o próprio fato de ser um objeto móvel sujeito a estritos controles de propriedade, incluindo placas ostensivas, documentos, numeração de chassi e motor etc., denota a maior gravidade de um fato envolvendo tal tipo de objeto do que outros cuja propriedade não está sujeita a qualquer controle formal. Além disso, de se destacar a proximidade temporal entre o roubo, e a posse pelos réus, já na noite seguinte, evidenciando suas proximidades com os autores do grave crime precedente, situação esta muito distinta daquela de quem recepta o carro meses após sua subtração. Assim, considerando que no caso da receptação de uma bicicleta ou um relógio a pena seria a mínima legal de um ano, e considerando a gravidade muito superior no caso de veículos, e tudo o mais acima mencionado, e tendo em vista ainda o máximo previsto pelo legislador, fixo a pena base na fase do artigo 59 do Código Penal em dois anos de reclusão, e 20 dias-multa, o que representa, na verdade, um avanço de apenas um terço do intervalo possível para o delito (de 1 a 4 anos)".

Irretocável a fundamentação acima esposada, que estabeleceu a patamar inicial das penas-base dos acusados em 02 (dois) anos de reclusão e, em relação ao acusado JEFFERSON, ainda, por conta dos seus maus antecedentes, majorou, nesta fase, a pena em mais 1/6 (um sexto), fixando-a, em 02 (dois) anos e 04 (meses) de reclusão, além de 23 (vinte e três) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase dosimétrica, por ser duplamente reincidente, correta a fração de 1/5 (um quinto) de elevação da reprimenda, tornando definitiva a pena de JEFFERSON em 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, além de 27 (vinte e sete) dias-multa no valor mínimo legal.

CLAYTON teve o regime prisional inicial semiaberto fixado para o caso de descumprimento das medidas que permeiam a substituição concedida, o que sequer foi objeto do apelo defensivo e fica mantido.

Já para JEFFERSON, o regime inicial fechado é imperativo da norma, face aos maus antecedentes e à sua renitência.

Com efeito, o recalcitrante, independentemente do montante da pena infligida, cumpre-a no inicial regime fechado.

A doutrina, por sinal, alinha-se com este entendimento. Nesta linha, referindo-se ao art. 33, §2º, diz o jurista DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS: *"nas hipóteses 'b' e 'c', o condenado reincidente inicia o cumprimento da pena em regime fechado" (Direito Penal, I, 12ª ed., Saraiva, 1988, p. 460). Da mes-*

Acesso ao Sumário

ma maneira ensina o saudoso MIRABETE: "obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão os reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos" (Manual de Direito Penal, I, 6ª ed., Atlas, 1991, p. 245).

Desta feita, JEFFERSON já suportou condenações por receptação e por roubo, dentre outras, no passado e não se emendou, não merecendo, aqui e agora, complacência alguma.

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, rejeitam-se as preliminares arguidas e, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000818-48.2009.8.26.0159, da Comarca de Cunha, em que é apelante M. P. DO E. DE S. P., é apelado R. G. DE S..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.795)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2023.

JOÃO MORENGHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Júri. Homicídio qualificado tentado. Absolvição do acusado pelo quesito genérico. Impossibilidade de provimento do apelo ministerial fundamentado no art. 593, III, "d", do CPP.

Em que pese a ausência de tese defensiva concernente a causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade e o reconhecimento pelo Conselho de Sentença da presença de prova da materialidade, autoria e dolo, à luz dos princípios constitucionais da soberania dos veredictos e do sigilo das votações (art. 5º, XXXVIII,

alíneas "b" e "c", da CF), não pode ser considerada nula a decisão que absolve o acusado por clemência por resposta positiva ao quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º, CPP). Precedentes do col. Supremo Tribunal Federal.

No caso concreto, além da absolvição por clemência, houve também alegação genérica de insuficiência de provas, o que justificaria, em tese, a decisão absolutória alicerçada no fato da vítima, ainda que por justificado temor, coação ou ameaça, não ter reconhecido o apelado como sendo o autor do fato perante o Plenário do Júri, em que pesem suas declarações seguras em sentido contrário nas demais oportunidades em que foi ouvida.

Decisão soberana do Conselho de Sentença mantido.

VOTO

Vistos.

1. Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Cunha, foi o réu R. G. de S. absolvido da acusação de infração ao disposto no art. 121, § 2º, I e IV, c.c. o art. 14, II, ambos do CP.

Inconformado, com fundamento no art. 593, III, "d", do CPP, recorreu o d. Promotor de Justiça postulando a submissão do acusado a novo julgamento. Sustenta, em síntese, que a vítima se retratou do reconhecimento por ela realizado em seis ocasiões anteriores por medo de represálias e por ter sido ameaçada. Afirma que os jurados, por inexperiência e nervosismo, podem não ter compreendido o quesito genérico, motivo pelo qual o réu foi absolvido por votação majoritária (4 X 3). Alega que os jurados não aceitaram a retratação da vítima, responderam positivamente aos três primeiros quesitos e não poderiam ter absolvido o réu por clemência. Assevera que o fato se revestiu de extrema gravidade, equivalendo uma "tentativa de execução"; que o denunciado ostenta condenações por outros dois crimes de homicídio e por tráfico ilícito de drogas e que o corréu[1] foi condenado em razão do mesmo fato. Conclui, por tais motivos, que a absolvição restou manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 1329/1338).

Processado e contrariado o recurso, o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo seu provimento (fls. 1368/1371).

Acesso ao Sumário

1 O corréu M. J. de S. foi condenado como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do CP, a dez anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 970/973). A r. sentença transitou em julgado em 06/07/2015 para ambas as partes (fls. 985).

É o relatório.

2. Narra a denúncia que:

[...] no dia 10/5/09, por volta das 19h30, na Rua São Benedito, 53, Campos Novos de Cunha, **M. J. DE S.**, vulgo 'M.' e **R. G. DE S.**, vulgo 'R.', qualificados nos autos, previamente ajustados e com a mesma unidade de propósitos, agindo por motivo torpe e mediante o uso de meio que ao menos dificultou a defesa da vítima, tentaram matar J. J. dos S. mediante disparos de arma de fogo, somente não consumando o delito por motivos alheios as suas vontades, conforme laudo indireto de fl. 194.

Segundo o apurado, cerca de um mês antes dos fatos (fl. 33), a vítima que era motorista de ambulância teria visto M. em Campos Novos e avisou a polícia, pois sabia que ele era procurado, mas ele não foi localizado pelos policiais nesta ocasião.

Então, querendo se vingar de tal conduto da vítima, previamente ajustado com R., também foragido, prepararam-se para matá-la. Então, no dia dos fatos, quando estava chegando em sua casa e preparava-se para abrir a porta, a vítima ouviu algo como 'é agora R.', ocasião em que virou-se e viu os dois denunciados, que efetuaram vários disparos contra sua pessoa (fls. 49 e 80), sendo atingida duas vezes (fotos a fl. 35 a 37).

O crime foi cometido por motivo torpe consistente em vingança, somente pelo fato da vítima ter avisado a polícia sobre a presença do procurado M. em Campos Novos (fls. 132 final e 84 final).

O crime foi cometido mediante o emprego de meio que ao menos dificultou a defesa da vítima, que foi pega de inopino quando chegava em casa (fl. 132 final).

O crime só não se consumou ante a resistência orgânica da vítima e do socorro que recebeu.

Apesar dos argumentos aduzidos pelo Ministério Público, tem-se que o veredito do Conselho de Sentença não poderá ser anulado.

A materialidade do delito encontra-se comprovada pelo laudo de exame de lesão corporal de fls. 194, pelo laudo pericial do local dos fatos (fls. 45/80) e pela prova oral colhida.

O recorrido R. G. de S., sempre que interrogado, negou a autoria do delito. Alegou não se recordar onde estava na data dos fatos e que não conhecia a vítima. Disse acreditar que foi acusado pela vítima porque era conhecido na cidade em razão de um homicídio pelo qual foi condenado. Na primeira fase do procedimento escalonado do Júri, afirmou que conhecia o corréu M. de vista. Perante o Plenário, declarou que o conhecia desde pequeno (fls. 728/729 e 1310/1311).

Acesso ao Sumário

O corréu M. também negou a autoria, alegando não saber por que havia sido acusado pela vítima. Confirmou que seu apelido é "M." e que, no dia dos fatos, estava na casa de seu pai. Disse que é amigo de R. e que já havia sido acusado pelo crime de homicídio. Declarou que, à época dos fatos, estava foragido em razão de um homicídio na cidade de Cunha (fls. 726/727).

O policial militar Izalino Alves da Silva Filho afirmou que o ofendido procurou o destacamento da polícia, relatando que havia dado carona ao corréu M., conhecido como "M.", tendo apontado o local em que provavelmente ele estaria. Declarou que realizaram o bloqueio da estrada, encontraram "M." na garupa de uma motocicleta, mas ele conseguiu fugir. Afirmou que ambos os réus são pessoas consideradas perigosas e procuradas pela polícia. Disse que participou de uma tentativa de prender R., mas que ele também conseguiu fugir, tendo sido apreendidos 3 quilogramas de droga, uma arma e um veículo roubado (fls. 787/789).

José Moisés Alves, também policial militar, disse que estava em serviço quando soube do fato e que se dirigiu à Santa Casa onde estava a vítima. Narrou que o ofendido lúcido, tendo narrado como ocorreram os fatos, bem como identificado os réus como sendo os autores dos disparos, somente não revelando o motivo do crime. Ressaltou que a vítima narrou os fatos de forma segura e que ela demonstrava estar com receio, manifestando sua vontade de tirar sua família da cidade (fls. 716/718).

O policial militar Ademar Aparecido da Silva estava de serviço com José Moisés e narrou que foi até o nosocômio, mas foi seu colega que conversou com a vítima. Assinalou que, um mês após os fatos, a vítima pediu auxílio da Polícia Militar para efetuar sua mudança da cidade. Alegou que não realizou escolta ou acompanhou a mudança porque entendeu ser desnecessário. Declarou conhecer ambos os réus, pois é nascido e criado na mesma cidade (fls. 721/723).

Paulo Sérgio Andrade Teixeira, policial militar, afirmou que a vítima parou no destacamento e conversou algo com alguém, mas alegou não ter ouvido a conversa. Afirmou que soube depois que ela havia delatado um dos réus e negou ter conversado com o ofendido. Afirmou que conhecia o corréu M., cuja alcunha é "M." porque trabalhou muito tempo em Cunha. Asseverou ter abordado M. um dia, mas nada de ilícito encontrou com ele. Conhecia R. por fotografia e por comentários feitos por outros policiais do destacamento.

W. G. dos S. afirmou conhecer R., sendo ele uma pessoa honesta e trabalhadora. Alegou que não sabia que os réus estavam sendo acusados pelo homicídio (fls. 790).

J. C. de J. afirmou que estava em um bar ao lado da casa da vítima na ocasião dos fatos. Disse ter ouvido os disparos e foi ver o que havia acontecido. Narrou que a vítima estava caída na rua e que não viu mais ninguém por perto.

Acesso ao Sumário

Declarou que não socorreu a vítima e que conhecia os réus e nada sabia a desabonar-los (fls. 724/725).

Por sua vez, a vítima J. J. dos S., ao ser ouvida pelo Ministério Público no início das investigações, disse que, em razão de sua função de motorista da Prefeitura, sabia que "M." (corréu M.), "R." (o recorrido R.) e "L." eram pessoas procuradas pela Justiça. Esclareceu que as pessoas da cidade tinham muito medo eles, porque eram os "xerifes' da região e matavam pessoas. Narrou que, certo dia, voltava para casa conduzindo a ambulância, quando viu "M." parado com sua moto pedindo que parasse, mas não o atendeu. Declarou que ligou de um orelhão para a Polícia Militar para informar que "M," estava na estrada e que poderiam ir até lá prendê-lo. Disse que chegou em casa e que viu "M." na praça em frete e que ligou novamente para a Polícia falando com o mesmo agente, o cabo Andrade. Afirmou que retornou ao local em que viu "M." com a moto parada e que os policiais haviam encontrado a moto, mas não o acusado, tendo eles informado que ficariam aguardando M. voltar para pegar a moto e recomendado que fosse para casa. Soube depois que "M." não havia sido preso. Cerca de um mês depois, ao chegar em sua casa, que era localizada no andar superior a um bar, ouviu, ao subir a escada, alguém falando "é hora R.". Virou-se e viu os réus "M." e R.. Afirmou que pôde visualizar com nitidez os réus, pois, apesar da noite, havia bastante iluminação no local. Ressaltou que "está com muito medo e teme pela sua integridade e de sua família". Disse que mudou de casa e que voltou para pegar algumas coisas na residência em que os fatos ocorreram, mas que ainda havia coisas no local (fls. 33/34).

Perante a autoridade policial, a vítima esclareceu que "L." era a pessoa que aguardava R. e M. para propiciar a fuga.

Na fase do juízo da acusação, o ofendido narrou os fatos da mesma forma, esclarecendo que era motorista de ambulância da prefeitura. Disse que se deparou com "M.", o qual estava em uma motocicleta sem gasolina e pediu carona. Soube que "M." era procurado pela polícia e que havia várias informações na cidade no sentido de ser ele um criminoso perigoso. Narrou que entrou em contato com a polícia, que efetuou um cerco no local em que a motocicleta estava estacionada, mas, ao invés de prendeu o réu, um dos policiais começou a atirar para o alto, motivo pelo que ele fugiu. Mais tarde, foi informado por populares que "M." ficou sabendo a respeito da delação. Asseverou que, no dia dos fatos, quando chegou em casa, ouviu uma pessoa dizendo "é agora R."; em seguida, viu "M." no quintal de sua casa com uma arma de fogo. M. efetuou mais de dez disparos em sua direção, sendo que dois deles o atingiram. "M." disse para "R." que a munição dele havia acabado e que então R. efetuou outros cinco ou seis disparos. Assegurou não ter dúvidas de que os denunciados eram os autores dos disparos. Declarou que os fatos ocorreram de noite, mas havia luz artifi-

Acesso ao Sumário

cial vindo do quintal e da varanda, razão pela qual pôde visualizar claramente os acusados. Ressaltou que tem muito receio dos acusados e que até a data da audiência, vinha recebendo ameaças oriundas dos agressores que chegavam por terceiros. Tais pessoas informaram que, caso os reconhecessem, eles iriam "pegá-lo", motivo pelo qual solicitou sigilo em relação a sua qualificação. Disse que permaneceu seis horas no centro cirúrgico, seis dias internado em UTI e dois meses até se recuperar (fls. 762/763).

Perante o Plenário do Júri, o ofendido modificou sua versão e afirmou que não conseguia reconhecer R. G. de S.. Disse que, no dia dos fatos, chegou em sua casa, estacionou a ambulância, subiu as escadas e, assim que introduziu a chave na fechadura foi alvejado. Afirmou não ter sido possível identificar quem eram os atiradores e que ouviu rumores de que teriam sido os autores dos disparos. Pontuou que, até o dia do fato, conhecia o apelante de vista e negou ter ligado para a Polícia para informar o paradeiro de "M." um mês antes da tentativa de homicídio. Narrou que após ser atingido, se arrastou até a ambulância, que foi dirigida por um popular até o hospital. Negou ter sido ameaçado para modificar sua versão (fls. 1306/1308).

Observa-se que consta dos autos que a vítima clamou por sua segurança e de seus familiares, mas o Estado não conseguiu prover segurança mínima para que ela não sucumbisse ao temor e às ameaças.

Com efeito, em que pese os diversos pedidos de sigilo quanto aos seus dados pessoais, seu nome completo, endereço antigo, números de documentos estão expostos nos autos até hoje.

O ofendido mudou de endereço para não ser localizado, mas foram expedidos ofícios para IIRGD, Agência de Previdência Social e precatórias para distritos policiais de cidades próximas, até que acabou sendo contatado por telefone pelo Ministério Público, quando reiterou seu temor e pediu garantias de proteção a sua integridade física e forneceu seu endereço sob sigilo. Ao que se infere do despacho de fls. 540, não houve cuidado no tratamento dos dados sigilosos, porque o envelope contendo o endereço chegou a ser juntado aos autos (fls. 539) e posteriormente desentranhado. Não se cogitou da inclusão da vítima em programa de proteção.

E o temor da vítima é bastante justo e fundamentado, pois R. é pessoa violenta e condenada definitivamente por outros crimes de homicídio qualificado em três processos além de possuir outras condenações por crimes de tráfico ilícito de drogas, roubo e extorsão[2], ostentando penas que somam quase 60 anos de prisão, cujo cumprimento alcançaria o longínquo ano de 2044.

Conquanto existam nos autos sérios indícios de que a vítima tenha modifi-

Acesso ao Sumário

2 Autos nº 00001067-72.2004.8.26.0159, 0001481-61.2016.8.26.0220, 0012684-64.2009.8.26.0220, 0004565.80.2010.8.0220, 0000490-04.2009.8.26.0488 (fls. 1126/1134).

cado drasticamente suas declarações em razão de coação, ameaça ou medo, após ter respondido positivamente aos quesitos referentes à materialidade, à autoria, à relação de causalidade e ao dolo, decidiu o Conselho de Sentença absolver R. G. de S., ao que se infere, por clemência, na medida em que a defesa técnica do réu não arguiu em Plenário qualquer causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, sustentando apenas "a tese de negativa de autoria, insuficiência do quadro probatório, absolvição por clemência e, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras" (cf. termo de fls. 1301).

Poder-se-ia conjecturar a existência de contradição lógica entre as respostas aos três primeiros quesitos[3] e ao quesito genérico obrigatório. Tal contradição poderia ter sido questionada pelo d. Promotor de Justiça, nos termos do art. 490 do CPP, contudo, não consta da ata que isso ocorreu. A hipotética contradição restou, assim, preclusa.

Discute-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a possibilidade de o Tribunal prover o apelo do Ministério Público interposto com fundamento no art. 593, III, letra "d", do CPP, em casos de absolvição pelo quesito genérico quando ausente alegação defensiva de excludente ou de dirimentes.

A respeito, filio-me ao entendimento da Segunda Turma do Pretório Excelso, segundo a qual os jurados possuem autonomia para responder ao quesito absolutório genérico, não se achando adstritos nem vinculados às teses suscitadas em plenário pela defesa, podendo, assim, formar sua convicção íntima a partir de um juízo de equidade ou por mera clemência, independentemente da presença de argumentos jurídicos.

Confira-se:

Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE RECONSIDEROU ANTERIOR NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RHC PARA ACOLHER A TESE DEFENSIVA E DAR-LHE PROVIMENTO. PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. INCLUSÃO DO QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO PELA LEI 11.689/2008 (ART. 483, III, DO CPP). CONTROLE JUDICIAL DO JUÍZO ABSOLUTÓRIO QUANDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FUNDAR-SE EM DECISÃO MANIFESTAMENTE CON-

Acesso ao Sumário

3 Assim redigidos:

1. A vítima sofreu [...] sofreu os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito de fl. 194?

2. O réu R. G. de S., agindo previamente ajustado e com a mesma unidade de propósitos com terceira pessoa, no dia 10 de maio de 2099, por volta das 19h30min, na rua São Benedito, 53, Distrito de Campos Novos, nesta cidade de Comarca, efetuou disparos de arma de fogo que, atingindo a vítima, causaram-lhe os ferimentos acima descritos?

3. Assim agindo, o réu deu início à execução de um crime de homicídio que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, haja vista a resistência orgânica da vítima e o socorro que recebeu?

TRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, DO CPP). IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I Em razão da superveniência da Lei 11.689/2008, que alterou o Código de Processo Penal CPP no ponto em que incluiu no questionário do procedimento do Tribunal do Júri o quesito genérico de absolvição (art. 483, III), "os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica, seja, ainda, a razões fundadas em juízo de equidade ou de clemência" (HC 185.068/SP, Rel., Min. Celso de Mello, Segunda Turma). II Em face da reforma introduzida no procedimento penal do júri, é incongruente o controle judicial em sede recursal (CPP, art. 593, III, d), das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com base no art. 483, III e § 2º, do CPP, quer pelo fato de que os fundamentos efetivamente acolhidos pelo Conselho de Sentença para absolver o réu (CPP, art. 483, III) permanecem desconhecidos (em razão da cláusula constitucional do sigilo das votações prevista no art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição), quer pelo fato de que a motivação adotada pelos jurados pode extrapolar os próprios limites da razão jurídica. III Agravo regimental a que se nega provimento.

(RHC 192431 AgR-segundo, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 10-05-2021 PUBLIC 11-05-2021)

Habeas corpus. 2. Tribunal do Júri e soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, "c", CF). Impugnabilidade de absolvição a partir de quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º, CPP) por hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, "d", CPP). Absolvição por clemência e soberania dos veredictos. 3. O Júri é uma instituição voltada a assegurar a participação cidadã na Justiça Criminal, o que se consagra constitucionalmente com o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, "c", CF). Consequentemente, restringe-se o recurso cabível em face da decisão de mérito dos jurados, o que resta admissível somente na hipótese da alínea "d" do inc. III do art. 593 do CPP: "for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos". Em caso de procedência de tal apelação, o Tribunal composto por juízes togados pode somente submeter o réu a novo julgamento por jurados. 4. Na reforma legislativa de 2008, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: "O jurado absolve o acusado?" (art. 483, III e §2º, CPP). Ou seja, o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação. 5.

Acesso ao Sumário

> Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada "manifestamente contrária à prova dos autos". [...] Ordem concedida para invalidar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, restabelecendo-se, em consequência, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, que absolveu a ora paciente com base no art. 483, III, do CPP.
>
> (HC 176933, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 17-11-2020 PUBLIC 18-11-2020)

Anota-se que o tema 1087, referente à *"Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos"*[4], até consulta realizada em 07/02/2022, não foi julgado pelo Tribunal Pleno do col. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que há divergência entre os dois órgãos fracionários. Aliás, mesmo entre os integrantes de cada uma das Turmas há divergência.

Além disso, não se pode olvidar que as decisões do Conselho de Sentença são proferidas segundo a íntima convicção e suas votações são sigilosas resguardados constitucionalmente. Assim, ressalvados os casos em que existem teses jurídicas arguidas (tais como as excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do CP), é impossível se aferir, com absoluta certeza, os motivos pelos quais os jurados responderam positivamente ao quesito obrigatório mesmo após terem respondido positivamente aos quesitos anteriores concernentes à materialidade e à autoria, o que, por consequência, o que torna impossível ao Tribunal concluir se a decisão é ou não manifestamente contrária à prova dos autos.

Há, conforme lembra Aury Lopes Júnior:

> (mais) um grave paradoxo que a estrutura do júri brasileiro estabelece: como alegar que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos se não temos a mais remota ideia dos motivos que levaram os sete profanos a julgar dessa forma?
>
> A absoluta falta de fundamentação do ato decisório faz com que o ato de recorrer seja um exercício quase mediúnico... sem falar que a decisão, no

Acesso ao Sumário

4 STF. ARE 1225185 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020.

> mais das vezes, sequer tem por base a prova. Negar isso é desconhecer que a "íntima convicção", despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela "cara", cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.[5]

Como bem ponderou o i. Ministro Rogério Schietti em seu voto (vencido) proferido no julgamento do HC nº 350.895/RJ (julgado em 14/3/2017, DJe de 17/5/2017):

> Após a vigência da Lei n. 11.689/2008, a quesitação não foi apenas simplificada, **mas também passou a permitir ao jurado absolver o acusado a partir das teses e informações trazidas ao seu conhecimento e debatidas durante o julgamento.**
>
> Assim, a simples resposta positiva ao quesito **"O jurado absolve o acusado?"** passa a comportar inúmeras teses defensivas, tendo como **premissas anteriormente assentadas (nos dois primeiros quesitos do questionário) a efetiva ocorrência material de um crime o reconhecimento de que o acusado foi o seu autor.**
>
> Tal qual como sempre foi da nossa tradição nesse Tribunal, o veredito dos jurados não é motivado, como o demonstra o fato de que a votação é sigilosa, a sala onde se recolhem os votos é secreta e a comunicação entre os jurados é vedada, o que implica na aferição das provas e julgamento do réu em conformidade com a íntima convicção dos juízes populares.
>
> Portanto, se a resposta for SIM ao quesito do art. 483, III, d, do CPP – por fatores diversos (desnecessidade da pena, inegibilidade de conduta diversa, falta de provas, clemência etc.) –, o jurado não só não precisa, como, em verdade, não **pode** explicar o motivo pelo qual votou.
>
> Destarte, **por conclusão lógica**, na hipótese de absolvição do réu pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, no terceiro quesito obrigatório estabelecido no art. 483, III, d do Código de Processo Penal, é **inviável a inferência** pela Corte revisora de que a decisão dos jurados é **manifestamente contrária** à prova dos autos.

Não se desconhece, todavia, o entendimento majoritário esposado pelo col. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual *"A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando*

5 LOPES JUNIOR, Aury, **Direito processual penal**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p..

Acesso ao Sumário

ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição"[6]. Contudo, o caso concreto apresenta uma peculiaridade que justificaria, em tese, as respostas aparentemente contraditórias, ou seja, a absolvição do acusado não obstante o reconhecimento da prova da materialidade e da autoria, além da já mencionada tese de clemência.

Com efeito, conforme consta do termo da sessão plenária, houve pedido defensivo de "absolvição por insuficiência de provas" que, em tese, justificaria a resposta positiva ao quesito genérico que poderia estar relacionado ao fato da vítima não ter apontado o recorrido como sendo o autor do fato, na presença do Conselho de Sentença. Sendo esta hipótese aceita, não haveria que se cogitar em decisão absolutória completamente dissociada do quadro probatório a justificar sua anulação em sede de apelo ministerial fundamentado na letra "d" do inciso III do art. 593 do CPP.

Destarte, ainda que tal conclusão possa ser questionável à vista da análise minuciosa dos autos, entende-se que a substituição da decisão por outra mais aceitável ou lógica pela Turma Julgadora constituiria violação ao princípio constitucional da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri.

Destarte, a absolvição fica mantida.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1511705-26.2018.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RAUL DOS SANTOS RIBEIRO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator designado Desembargador Laerte Marrone. Vencido o Relator sorteado Desembargador Luiz Fernando Vaggione.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.964)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LAERTE MARRONE, vencedor, LUIZ FERNANDO VAGGIONE, vencido e FRANCISCO ORLANDO.

6 STJ. HC n. 313.251/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 27/3/2018.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2023.
LAERTE MARRONE, Relator Designado

Ementa: Apelação. Sentença que absolveu o réu da imputação relativa ao crime de falso testemunho. Recurso do Ministério Público. Absolvição mantida. 1. Configuração de um quadro de inexigibilidade de conduta diversa, enquanto causa de exclusão da culpabilidade. 2. Além disso, a testemunha que deixa de contar a verdade para não se expor à responsabilidade penal não comete o crime de falso testemunho. Aplicação do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Recurso desprovido.

VOTO

1. A r. sentença (fls. 180/181), cujo relatório se adota, julgou **improcedente** a ação penal, a fim de absolver RAUL DOS SANTOS RIBEIRO, da imputação relativa ao crime de falso testemunho, com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

Apelou o Ministério Público, postulando a condenação do réu, nos termos da denúncia (fls. 187/194).

Processado o recurso, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu provimento (fls. 214/217).

É o relatório.

2. Com o devido respeito, **divirjo do d. relator**. Na linha do que se segue.

3. Segundo a denúncia, em suma, o réu, no curso do processo penal que tramitou na 1ª Vara Criminal da Comarca de Indaiatuba (autos de nº 0006681-28.2017.8.26.0248), no qual se imputou a prática do crime de tráfico de drogas a Lucas Pinho Santos, no dia 31 de julho de 2018, fez afirmação falsa como testemunha.

Mais especificamente e nas palavras da inicial:

" (...)

Segundo constou, o denunciado, na fase de inquérito policial relativa ao processo nº 0006681-28.2017.8.26.0248, instaurado para analisar a prática do delito de tráfico de drogas cometido por Lucas Pinho Santos, declarou que havia acabado de adquirir duas porções de cocaína de Lucas, quando foi abordado por policiais militares.

Ocorreu que, em juízo, na data de 31 de julho de 2018, em audiência de instrução do mencionado procedimento, o denunciado modificou a versão

anteriormente prestada, afirmando falsamente que adquiriu as duas porções de drogas de outro indivíduo, que não de Lucas.

(...)".

4. A sentença absolveu o réu, divisando um quadro de estado de necessidade, pontuando que *"o acusado agiu amparado pelo estado de necessidade, visto que cometeu o crime para evitar represália do traficante, inclusive a morte"*.

5. Tenho para mim que é de se manter a absolvição, ainda que não exatamente nos termos postas na r. decisão de primeiro grau.

Embora o conjunto probatório descortine que, efetivamente, o apelado, ao depor em juízo, faltou com a verdade, ao dizer que não adquiriu as drogas do então acusado – o que destoa do restante da prova produzida (depoimentos dos policiais e declarações do próprio recorrido perante a autoridade policial), o certo é que sua **conduta não configura crime.**

E por duas razões.

6. Em primeiro lugar, tendo em conta, na linha do sinalizado na sentença, não se pode olvidar a violência que cerca o tráfico de drogas. De sorte que – aqui as regras de experiência comum sobrelevam – é razoável supor que o apelado colocaria sua integridade em risco (e talvez até de sua família), dadas as circunstâncias do caso, se viesse a delatar o então réu (o traficante de drogas) em juízo.

Vale dizer, a hipótese é de inexigibilidade de conduta diversa, enquanto **causa de exclusão da culpabilidade**.

Deveras, a moderna dogmática penal concebe a culpabilidade, enquanto requisito do crime e, portanto, pressuposto para a imposição de uma sanção, como um juízo de reprovabilidade. Entre as situações que excluem a culpabilidade acha-se a inexigibilidade de conduta diversa. Traduz a ideia de que inexiste ilícito penal quanto, sob determinadas circunstâncias, tomando-se como parâmetro aquilo que é revelado pela experiência humana e à luz dos princípios éticos que informam o grupo social, não era exigível do autor comportamento diverso. Cuida-se de um verdadeiro princípio a informar a matéria, de sorte que se admite a exclusão da culpabilidade até mesmo em hipóteses não previstas expressamente lei. Fala-se em causas supralegais de exclusão da culpabilidade (**FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**, Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 5ª edição, pág. 328; **DAMÁSIO DE JESUS**, Direito Penal, 1º volume, Parte Geral, Saraiva, 28ª edição, págs. 483/484).

Enfim, no caso em tela, a conduta do recorrido, não se mostra censurável sob a óptica penal.

7. A par disso, importa ter em mente que, dentre os princípios constitucionais que regem o processo penal, acha-se o de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – também conhecido pelas expressões latinas "Nemo

Acesso ao Sumário

tenetur se ipsum acusare" ou "nemo tenetur se detegere". Trata-se, a bem da verdade, nos dias que correm, de questão assentada, tanto no campo doutrinário (cfr., por exemplo, **WAGNER MARTELETO FILHO**, O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo, Del Rey Editora, 2.012, pág.2; **ANTONIO SCARANCE FERNANDES**, Processo Penal Constitucional, RT, 7º edição, pp. 264/265; **LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO**, Processo Penal e Constituição, Saraiva, 6ª edição, pág. 208), quanto em sede jurisprudencial (**STF, HC nº 68.742-3, rel. Min. Octávio Gallotti; HC nº 83.096, rel. Min. Ellen Gracie; HC nº 78.708-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence**).

Daí a assertiva de que o privilégio contra a autoincriminação constitui um autêntico direito público subjetivo de natureza constitucional, assegurado inclusive à testemunha (**STF, HC nº 79.812-8, rel. Min. Celso de Mello**).

Bem por isso, a testemunha que deixa de contar a verdade para não se expor à responsabilidade penal não comete o crime de falso testemunho, conforme já o decidiu o **Supremo Tribunal Federal (HC nº 73.035-3, rel. Min. Carlos Velloso)** e o **Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 66.908, rel. Min. Sebastião Reis Júnior; HC nº 326.956, rel. Min. Jorge Mussi)**.

Nesta senda, discorrendo sobre o tema, anota **DAMÁSIO DE JESUS**, forte em orientação jurisprudencial, que **"inexiste delito quando a testemunha nega a verdade para não se incriminar"**, divisando um caso de inexigibilidade de conduta diversa (Código Penal Anotado, Saraiva, 21ª edição, pág. 1.241).

Bem por isso o Código de Processo Civil – que aqui pode ser aplicado analogicamente, mercê da regra estampada no artigo 3º, do Código de Processo Penal – estabelece que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos "que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau" (artigo 448, I).

Tomados estes parâmetros, observa-se que, no caso em testilha, o acusado, que foi surpreendido na posse de drogas, se admitisse o fato, poderia responder pelo crime previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Não estava, portanto, diante do que se expendeu, obrigado juridicamente a tanto.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 17.291)

Ao relatório da r. sentença de fls. 180/181, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que **Raul dos Santos Ribeiro** foi absolvido da imputação

Acesso ao Sumário

prevista no artigo 342, §1º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apelou (fl. 187), enquanto a r. sentença transitou em julgado para o réu (fl. 195).

Em suas razões, o *Parquet* busca condenação do acusado pelo crime de falso testemunho, nos exatos termos da denúncia. Em relação à dosimetria, requer a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o reconhecimento da causa de aumento prevista no §1º do artigo 342 do Código Penal, a imposição de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (fls. 188/194).

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 204/208). A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou o r. parecer, manifestando-se pelo provimento do recurso do Ministério Público (fls. 214/217).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não tendo sido alegadas quaisquer preliminares, passa-se à análise do mérito.

Segundo a denúncia:

> "Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 31de julho de 2018, por volta das 16h30min, em audiência de instrução do processo criminal nº 0006681-28.2017.8.26.0248, em trâmite na 1ª Vara Criminal da Comarca de Indaiatuba, na sede do Fórum, situado na Rua Ademar de Barros, 774, Centro, neste Município e Comarca de Indaiatuba, **RAUL DOS SANTOS RIBEIRO**, qualificado a fl.17, fez afirmação falsa, como testemunha, em processo judicial, com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal que tramitava contra Lucas Pinho Santos".

A materialidade do crime é atestada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 05/06), pelos depoimentos prestados nos autos nº 0006681-28.2017.8.26.0248 e pela prova oral colhida.

A autoria também é inconteste.

O policial militar *Renato Alessandro Stocco*, em juízo, informou que apenas realizou a condução do réu do fórum à delegacia e não participou da ocorrência em que **Raul** foi abordado após adquirir as drogas de *Lucas* (gravação audiovisual).

O policial militar *Renato Policher Luiz*, em juízo, disse não se recordar dos fatos objeto deste processo (gravação audiovisual).

O policial militar *Douglas Sieg*, por seu turno, esclareceu que estava em

Acesso ao Sumário

patrulhamento, quando viu o réu em uma moto e, ao lado dele, *Lucas*. **Raul** entregava algo a Lucas, mas ao notarem a aproximação da viatura, **Raul** se evadiu com a motocicleta do local. Realizada a abordagem de *Lucas*, encontraram 17 *eppendorfs* e R$ 30,00. Realizado o acompanhamento de **Raul** a partir de sua fuga, ele foi abordado na Avenida Orlando Barnabé. Na abordagem, foram encontrados dois *eppendorfs* de cocaína, sendo que **Raul** confirmou ter os adquirido de *Lucas* e que deu R$ 20,00 para tanto (gravação audiovisual).

O policial militar *Dejanir Pulce de Oliveira* informou que estava em patrulhamento pelo bairro Morada do Sol e, em dado momento, viram **Raul** recebendo entorpecente de outro rapaz. Reforçou que viram o entorpecente sendo entregue para o réu (gravação audiovisual).

O acusado, em seu interrogatório, permaneceu em silêncio (gravação audiovisual).

Respeitado o entendimento do digno magistrado que prolatou a r. sentença, há prova suficiente a corroborar a imputação lançada pelo Ministério Público na denúncia.

Com efeito, nos autos nº 0006681-28.2017.8.26.0248, instaurado para apurar a prática de tráfico de drogas figurando como réu *Lucas Pinho Santos*, **Raul** afirmou, na fase de inquérito policial, ter adquirido drogas do referido traficante (cf. fl. 07). Todavia, durante a audiência de instrução e julgamento, o réu alterou a versão anteriormente apresentada, afirmando falsamente que comprou duas porções de drogas de outro indivíduo, que não *Lucas*, com o objetivo de eximi-lo de responsabilidade pelo delito de tráfico de drogas.

A contradição entre as afirmações demonstra, sobremaneira, a responsabilidade criminal do acusado pelo delito de falso testemunho.

A despeito da fundamentação contida na r. sentença, de que *"O acusado modificou sua versão porque certamente tinha receio de represália do traficante que estava sendo acusado. Ora, não razoável exigir que o usuário aponte em Juízo a pessoa que lhe vendeu a droga ilícita, pois ele sabe que corre risco de morte se o fizer. Vale dizer, o acusado agiu amparado pelo estado de necessidade, visto que cometeu o crime para evitar represália do traficante, inclusive a morte"*, nestes autos o réu permaneceu em silêncio tanto em solo policial (fl. 04) quanto em juízo. Assim, não há como afirmar que se está diante do estado de necessidade e que **Raul** estava com receio de represálias de traficantes, sendo que o apelado sequer ofereceu a sua versão sobre os fatos e não há qualquer prova que justifique a fundamentação adotada para a absolvição do apelado.

Destaca-se ser irrelevante para a caracterização do falso testemunho que a mentira tenha, ou não, efetivamente influenciado no deslinde dado à causa, tratando-se de crime formal. Basta a mera possibilidade, a qual se verifica no caso em análise, pois a potencialidade lesiva é ínsita à conduta, porquanto in-

Acesso ao Sumário

timamente ligada à elucidação da autoria do crime de tráfico apurado à época.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 342 DO CP. SÚMULA 7/STJ. FALSO TESTEMUNHO. CRIME FORMAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte Superior de Justiça, "o crime de falso testemunho é de natureza formal, consumando-se no momento da afirmação falsa a respeito de fato juridicamente relevante, aperfeiçoando-se quando encerrado o depoimento" (AgRg no REsp. n. 1.269.635/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, 23/9/2013). Assim, tratando-se de crime formal, é irrelevante aferir a potencialidade lesiva do falso testemunho ou seu grau de influência no convencimento do magistrado para que se configure o crime. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp 1428315/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019) (grifo meu).

Enfim, o conjunto probatório é suficiente para o reconhecimento da responsabilidade penal do acusado, inexistindo dúvidas quanto à existência do crime e sua autoria.

Nesse sentido, inclusive, já entendeu esta C. Câmara em caso análogo:

FALSO TESTEMUNHO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO A CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA – ***SENTENÇA ABSOLUTÓRIA FUNDADA NA ATIPICIDADE DA CONDUTA (ART. 386, III, CPP) EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE FATO JURIDICAMENTE RELEVANTE – NECESSÁRIA REFORMA DA SENTENÇA – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADA – PROVA FIRME A COMPROVAR QUE A RÉ, NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA EM PROCESSO PENAL, FEZ AFIRMAÇÃO FALSA SOBRE FATO JURIDICAMENTE RELEVANTE – CRIME DE NATUREZA FORMAL – HIPÓTESE DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO PROBATÓRIO A SUSTENTAR O ALIBI IRROGADO, ÔNUS DA DEFESA (ART. 156, CPP) – DOSIMETRIA DA PENA FIXADA NO CENÁRIO MAIS BRANDO POSSÍVEL – IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO, COM SUBSTITUI***ÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – ***RECURSO PROVIDO.*** (TJSP; Apelação Criminal 0003830-

Acesso ao Sumário

34.2015.8.26.0491; Relator (a): Amaro Thomé; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Rancharia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 17/04/2020; Data de Registro: 17/04/2020).

Passa-se à fixação das penas.

Nos termos do artigo 59 do Código Penal, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso, pois ausentes circunstâncias judiciais negativas.

Na segunda etapa, ausentes agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena do §1º do artigo 342 do Código Penal, a pena é acrescida em 1/6 (um sexto), porquanto o crime foi praticado com o fim de obter prova destinada a produção de efeito em processo penal, tornando-se definitiva em **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Presentes os requisitos legais, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo.

Fixo o regime inicial aberto em caso de reconversão.

Por fim, a despeito das alegações defensivas em sede de contrarrazões recursais, destaca-se que o acordo de não persecução penal ANPP, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.694/19, possui caráter híbrido, processual e material, e conforme dispõe mencionado dispositivo, o Ministério Público *poderá* propor o instituto desde que preenchidos os requisitos legais, e necessário e suficiente à reprovação e prevenção do delito, de forma a evitar a propositura da ação penal. Nota-se, dessa forma, que referido instituto não é direito subjetivo do réu (HC 637.782/SC. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021).

A proposta do ANPP ocorre durante a fase de investigação e, no presente caso, já houve prestação jurisdicional em primeiro grau de jurisdição, encontrando-se o feito na fase recursal, de modo que houve preclusão consumativa. Assim, não há que se falar em aplicação do ANPP - de forma retroativa - à hipótese vertente segundo entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça. Além do mais, o acusado sequer confessou o crime.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público para condenar **Raul dos Santos Ribeiro** às penas de **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo**, como incurso no artigo 342, §1º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo, a serem especificadas pelo

Acesso ao Sumário

Juízo das Execuções.

Com o trânsito em julgado, a Vara de origem adotará as providências necessárias para o cumprimento das penas.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0028434-24.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante FELIPE LIMA DE 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 provimento à apelação, para absolver o réu da acusação de ter praticado o crime pelo qual foi denunciado (art. 155, §1º, CP), com fundamento no art. 386, VII, CPP. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.317)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2023.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Furto (art. 155, §1º do CP) – Condenação do réu à pena corporal de 01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 dias-multa, no mínimo legal – Pedido de absolvição – Cabimento – Provas produzidas em Juízo que não permitem assegurar com certeza a autoria do réu – Inteligência do art. 155, CPP – Negativa do réu que não restou suficientemente infirmada pelo arcabouço probatório – Absolvição que é medida de rigor.

Apelação provida, para absolver o réu da acusação de ter praticado o crime pelo qual foi denunciado (art. 155, §1º, CP), com fundamento no art. 386, VII, CPP.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se apelação interposta pelo réu **FELIPE LIMA DE OLIVEIRA**, contra a sentença (fls. 255/265) que o condenou a cumprir pena corporal de 01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 dias-multa, no mínimo legal, em virtude da prática do delito previsto no artigo 155, §1º do CP.

Ao réu foi dado o direito de recorrer em liberdade (fl. 264).

FELIPE LIMA DE OLIVEIRA apela (fl. 289/296), pugnando por sua absolvição, por insuficiência probatória.

Subsidiariamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal ou a redução da fração atribuída aos maus antecedentes. Requer a fixação de patamar mínimo a título de reincidência e pelo afastamento da causa de aumento atinente ao furto noturno.

Contrarrazões (fls. 300/304).

A I. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 313/320).

É o relatório.

O apelo comporta provimento.

Restou reconhecido na sentença que no dia 17 de julho de 2013, às 4 horas da manhã, na Rua Araújo Leite, 34-39, Centro, naquela cidade, subtraiu, para si, sucos, isotônico, e uma bolsa térmica da Pizzaria Malagueta.

A materialidade do crime ficou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 04/07), pelo auto de apreensão dos bens (fl. 08/10), bem como pela prova oral produzida em juízo, sob o crivo do contraditório judicial.

A autoria, contudo, é duvidosa.

Em juízo, o réu negou a prática de furto. Em breve suma narra que viu duas pessoas jogando a mala com conteúdo e apoderou-se da mala, que estava numa caçamba. Viu que havia refrigerantes na validade e pegou. Em seguida, foi abordado pelos policiais (mídia digital).

A prova produzida em Juízo não foi capaz de infirmar sua versão.

Da leitura dos elementos informativos, depreende-se que, por volta das 04h20 da madrugada do dia 18/07/2013, os policiais se depararam com o réu, que carregava uma caixa de isopor com a inscrição Pizzaria Malagueta. No interior havia algumas latas de refrigerante, garrafinhas de suco isotônicos. Indagado, ele alegou ter achado a caixa jogada na rua e resolveu levá-la à sua casa. Em contato com o dono da pizzaria, ele confirmou que itens haviam sido subtraídos naquela madrugada e que o prédio estava em reforma, de modo que qualquer pessoa poderia lá entrar, sem necessidade de arrombamento.

Em Juízo, foi ouvida a **vítima Fernando,** responsável pelo estabelecimento. Narrou que na época tinha a empresa. Na madrugada, percebeu que al-

Acesso ao Sumário

guém havia entrado. Quando comunicou a ocorrência, ele soube que uma pessoa havia sido detida com a bolsa e os itens. Reconheceu os objetos. Não presenciou os fatos (mídia digital).

Também em Juízo, o **policial Jefferson** disse que por voltas das 4h da manhã, Felipe foi abordado, com a caixa de isopor em nome da pizzaria Malagueta. Indagado, o réu disse que havia achado os itens. Ele estava bem distante de sua casa e era conhecido pela prática de furtos. Segundo os policiais, estava indo trocar os objetos por entorpecentes. Disse que soube dos fatos somente pelo Boletim de Ocorrência e o feito só foi até ele para tentar localizar o réu e fazer o relatório (mídia digital).

Ainda em Juízo o **policial Julio** não se recordou dos fatos em virtude do lapso temporal decorrido (mídia digital).

Do panorama desenhado, extrai-se que o conjunto probatório não é suficiente para manter a condenação.

Da narrativa da vítima em Juízo, ficou claro que Fernando não presenciou o furto e, portanto, não pode indicar a autoria.

Foram ouvidos dois policiais, ademais. Jefferson se limitou a reproduzir os elementos dos autos, já que ele mesmo confirmou que não participou da diligência de abordagem do réu, tendo tão somente recebido o expediente para tentar localizar o réu e fazer relatório.

Já o policial Julio, embora condutor da ocorrência, dela não se recordou.

Portanto, ficou evidenciado que as provas produzidas em Juízo não possibilitam imputar seguramente ao réu a autoria do crime, consignando-se que os elementos informativos não podem, exclusivamente, pautar uma condenação, nos termos do art. 155, CPP.

É de se frisar que, embora os elementos informativos mencionem que o apelante foi localizado em posse dos bens subtraídos, nada nos autos permite assegurar que os tenha, de fato, furtado.

Nesse contexto, tendo em vista que no âmbito do processo penal, considerando que eventual condenação implicará na privação ou restrição da liberdade do réu, a prova da autoria do crime deve ser robusta, segura e convincente. Eventuais dúvidas sobre o envolvimento do imputado no crime devem ser resolvidas em seu favor, em atenção aos princípios basilares do direito penal, notadamente o da presunção da inocência e *in dubio pro reo*.

Em suma, os elementos produzidos na fase extrajudicial, **apesar de levantarem fortes suspeitas da atuação do réu no crime ora apurado**, não tiveram sua força probante corroborada pelas provas judiciais, sobretudo diante das ressalvas afirmadas pela dúvida esboçada pela vítima nos atos de reconhecimento. Portanto, eles não extrapolam a condição de meros indícios, sem confirmação em outros elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório e,

Acesso ao Sumário

portanto, inaptos a legitimar uma condenação.

Por fim, o fato de o apelante ser portador de maus antecedentes não autoriza a conclusão de que ele tenha praticado o furto pelo qual foi denunciado nesses autos.

Não havendo a certeza necessária para se manter a condenação do réu e remanescendo dúvida, o apelante deve ser absolvido com fulcro no art. 386, VII, CPP.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO, para absolver o réu da acusação de ter praticado o crime pelo qual foi denunciado (art. 155, §1º, CP), com fundamento no art. 386, VII, CPP.**

Deixa-se de determinar a expedição de alvará de soltura, visto que ao réu foi dado o direito de recorrer em liberdade.

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0005750-37.2017.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante AUGUSTO RIBEIRO DE OLIVEIRA NETO, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, rejeitaram os Embargos Infringentes. Vencido o 4º Juiz, Des. Poças Leitão", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BUENO DE CAMARGO (Presidente), GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES – Apelação criminal – Condenação por infração ao artigo 155, caput, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal – Pretendida absolvição, sob o fundamento da atipicidade da conduta, ante a ocorrência de crime

Acesso ao Sumário

impossível – O monitoramento existente no interior do estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do delito de furto – Exegese da Súmula nº 567, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – Posicionamento da maioria mantido – Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por **AUGUSTO RIBEIRO DE OLIVEIRA NETO**, contra o v. Acórdão de fls. 346/358, que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, mantendo a condenação do recorrente pelo crime inserto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, ficando vencido o Revisor, Desembargador Poças Leitão, o qual absolvia o embargante, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o embargante busca a sua absolvição, em face do reconhecimento da figura do crime impossível, nos termos do voto vencido (fls. 01/13).

Regularmente processados os embargos opostos, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela sua rejeição (fls. 17/25).

É o relatório.

Os embargos devem ser rejeitados.

Consoante se depreende da exordial acusatória, no dia 22 de setembro de 2017, por volta das 14h30min, no estabelecimento comercial "Assai Atacadista", situado na Rodovia BR 381, altura do km 86, bairro Jaçanã, nesta cidade e comarca da Capital, tentou subtrair, para si, coisas alheias móveis pertencentes ao referido estabelecimento, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Tributado o devido respeito ao entendimento do Revisor, uma análise criteriosa das provas amealhadas aos autos impõe a manutenção da condenação do embargante, consoante posicionamento adotado pela maioria desta Colenda Turma Julgadora, sendo certo que a teoria do crime impossível não merece acolhida.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada nos autos por meio do boletim de ocorrência de fls. 07/11, auto de exibição, entrega e avaliação de fls. 12/14, bem como pela prova oral colhida.

A autoria também restou inconteste.

Interrogado sob o crivo do contraditório, o embargante confessou a prática delitiva, asseverando que, na data dos fatos, estava muito alcoolizado, além de ter feito uso de *crack*, pois era dependente químico. Ingressou no mercado e

Acesso ao Sumário

pegou duas peças de carnes, não se recordando sobre os desodorantes. Tentou empreender fuga, correndo, porém, acabou sendo detido. Disse aos seguranças que poderiam chamar sua esposa, para pagar pelos produtos, mas eles não aceitaram. Por fim, aduziu que pretendia vender os bens para comprar mais droga.

A confissão do réu foi corroborada pelo relato da testemunha Rodrigo Morgado Salvioni, que aduziu que, no dia dos fatos, o embargante saiu pela entrada da loja, levando em sua mochila diversos produtos, sem pagar por eles, de modo que o abordou no estacionamento, com o auxílio de outros funcionários. Pelo que se recordava, o réu não tinha condições de pagar pelos itens subtraídos. Diante disso, acionaram a polícia, que conduziu o embargante à delegacia. Explicou, ainda, que assim que o réu ingressou no estabelecimento, já avisou à equipe de monitoramento de câmeras, que passou a acompanhá-lo durante toda a ação, na medida em que o embargante não quis guardar a mochila que trazia consigo, o que levantou suspeitas.

O policial militar ouvido nos autos alegou que se recordava apenas vagamente dos fatos, dado o tempo decorrido entre a referida ocorrência e o seu depoimento em juízo. Lembrava que fora acionado por uma equipe do mercado, que surpreendeu o réu com algumas mercadorias subtraídas. Recordou, também, que o embargante afirmou ser funcionário público e que tinha renda mensal, porém possuía problemas com drogas e, naquela ocasião, tivera uma recaída.

Diante das provas amealhadas, o E. Revisor, em sua declaração de voto vencido, entendeu pela absolvição do embargante, sob o fundamento da atipicidade da conduta, ponderando que o réu *"jamais lograria concretizar seu intento, pois, estava ele sendo observado todo o tempo pelo funcionário do supermercado, e, imediatamente, foi por ele abordado, e acionou a polícia, cujo agente o deteve ainda no interior do estabelecimento comercial, inviabilizando a consumação do delito"* (fls. 360).

Entretanto, em que pesem as razões expendidas no voto vencido, não há como reconhecer a figura do crime impossível, como postula a defesa, tendo em vista que o embargante conseguiu deixar o estabelecimento comercial em posse dos bens subtraídos, não se vislumbrando, assim, a ineficiência do meio escolhido, tampouco a absoluta impropriedade do objeto material do delito.

Corroborando tal entendimento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça aprovou recentemente a Súmula nº 567, a qual dispõe que *"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"*, suplantando, em definitivo, eventual divergência quanto à questão suscitada.

Assim sendo, rejeita-se os embargos infringentes, mantendo, por seus

Acesso ao Sumário

próprios e jurídicos fundamentos o v. acordão, prevalecendo os votos majoritários.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Habeas Corpus Criminal nº 2257014-55.2022.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é impetrante A. C. e Paciente E. C. P..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 13 de dezembro de 2022.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

EMENTA: "Habeas Corpus". Pretendida revogação de prisão preventiva. Estupro de vulnerável. Liminar concedida. Prisão preventiva decretada 'ex-officio'. Impossibilidade da manutenção da custódia. Confirmação da liminar. Entendimento pacificado pela 3ª Seção do C. STJ e fixado pela 2ª Turma do E. STF. Ordem concedida, confirmando-se a liminar.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Habeas Corpus impetrado por **Alisson Caridi**, em favor de **Evandro Carlos Pavani**, que busca, essencialmente, a revogação da prisão preventiva, alegando ***(i)*** a ilegalidade da decretação *ex-officio* da prisão preventiva, sem que houvesse requerimento do Ministério Público, ***(ii)*** a ausência dos requisitos da prisão preventiva e ***(iii)*** a presença de requisitos autorizadores da concessão da benesse.

O paciente foi processado e condenado em primeiro grau de jurisdição à pena de ***8 anos de reclusão*** *(regime inicial fechado)*, pela prática da infração penal capitulada no art. 217-A do Código Penal *(estupro de vulnerável)*.

Deferida a liminar *(f. 57/60)*, vieram informes do d. juízo de origem *(f. 63/64)*, bem assim manifestação ministerial pela concessão da ordem irrogada *(f. 68/71)*.

Autos conclusos aos **10.nov.2022** (f. 72).

É o relatório.

Necessário o albergue do pedido.

A imputação versa sobre crime **grave, gravíssimo** – *estupro de vulnerável*, com condenação em primeiro grau de jurisdição à pena de ***8 anos de reclusão***.

Mas, em que pese a conduta imputada ao paciente ser séria e as circunstâncias concretas envolvidas no presente caso justificarem a constrição cautelar, como bem fundamentou a origem:

"Presente o pressuposto da necessidade de garantir a aplicação da lei penal, à vista da pena e regime aplicados, bem como considerando a gravidade concreta da infração, que demanda cuidados na garantia da ordem pública, imperiosa a decretação da prisão preventiva do réu, que praticou ato libidinoso em face de uma criança com apenas 05 (cinco) anos de idade, cujos efeitos sociais e pessoais são graves.", aquela resta impossibilitada.

É que, à míngua de provocação e tendo a decretação da prisão preventiva se dado ex-officio, nada se pode fazer, a não ser confirmar a liminar concedida.

Como esta mesma C. 4ª Câmara, em precedente sério e símile, decidiu, pelas sábias mãos do ilustre e festejado Desembargador Euvaldo Chaib:

> *"HABEAS CORPUS – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, POR AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM RAZÃO A DEFESA – ADVENTO DA LEI Nº 13.964/2019 QUE, DENTRE OUTRAS ALTERAÇÕES, SUPRIMIU A ATUAÇÃO "EX OFFICIO" DO MAGISTRADO NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – RECENTES JULGADOS DESTA C. CÂMARA CRIMINAL PERMISSÃO CONSTANTE DO ART. 20, DA LEI 11.340/2006, QUE APENAS ABRANGE A DECRETAÇÃO DE OFÍCIO, PELO MAGISTRADO, DA PRISÃO, DURANTE A FASE DO INQUÉRITO POLICIAL OU DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PRISÃO DECRETADA NA SENTENÇA PRECEDENTE DO C. STJ QUE VEDA A ATUAÇÃO DO JUIZ DE OFÍCIO, INDEPENDENTE DO DELITO PRATICADO OU DE SUA GRAVIDADE – HIPÓTESE, ADEMAIS, EM QUE O PACIENTE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO – AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – PRISÃO REVOGADA – ORDEM CONCEDIDA."* **(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2153490-42.2022.8.26.0000; Relator(a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher Comarca de Ribeirão Preto; Data do**

Acesso ao Sumário

Julgamento: 13/09/2022)

Daí que a liberdade deve ser concedida.

POSTO, ***concede-se a ordem***, confirmando-se a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2295151-09.2022.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente J. E. DE S., é impetrado MMJD DO PLANTÃO JUDICIÁRIO DE FORO PLANTÃO - 53ª CJ - AMERICANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.291)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 18 de janeiro de 2023.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA (artigo 24-A, da Lei 11.340/06). Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Decisão que decretou a prisão preventiva do paciente fundamentada. Medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319, do CPP, que seriam insuficientes e ineficazes. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensora Pública GABRIELE ESTÁBILE BEZERRA, em favor de J. E. DE S., sustentando que o paciente sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito do Plantão Judiciário da 53ª Circunscrição Judiciária, Comarca de Americana, consistente na conversão da sua prisão em flagrante, pela infração do artigo 24-A, da Lei nº 11.340/06, em preventiva.

A medida liminar foi indeferida (fls. 57/58), dispensadas as informações, e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 64/68).

É o relatório.

Busca-se a revogação da prisão preventiva do paciente, sob a alegação de que a decisão que a decretou carece de fundamentação idônea, pois embasada na gravidade abstrata do delito e não em elementos concretos, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Afirma-se que o paciente é primário e que o delito não foi cometido com emprego de violência ou grave ameaça, razão pela qual, caso condenado, fará jus à fixação de regime prisional diverso do fechado e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, de molde que a custódia se revela desproporcional.

Frisa-se que ***"sequer foi juntada nos autos cópias das medidas protetivas que teriam sido concedidas."*** (fl. 4).

Subsidiariamente, requer-se a substituição da prisão do paciente pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, em especial, a consistente em comparecimento periódico em juízo.

A ordem deve ser denegada.

Consta dos autos que, no dia 10 de dezembro de 2022, por volta das 17h30, na Rua Augusto José de Souza, nº 269, Nova Veneza, na cidade de Sumaré, o paciente descumpriu decisão judicial que deferiu a A. de A. M. medidas protetivas de urgência previstas na Lei n° 11.340/06.

Segundo apurado, J. E. e A. mantiveram relacionamento amoroso. Ocorre que, no dia 05 de dezembro de 2022, após atos de violência doméstica por parte de E., apurados nos autos n° 1501049-86.2022.8.26.0630, foram deferidas medidas protetivas de urgência em favor de A., dentre as quais, a proibição de aproximação e contato. Contudo, na data dos fatos, mesmo ciente da concessão das medidas protetivas, o paciente foi à residência da ofendida e, da rua, aos berros, ameaçou-a de morte. Os policiais militares foram acionados e detiveram E. na frente do imóvel da vítima.

Nesse sentido, os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do paciente (fls. 2/3), agentes públicos que gozam da presunção de idoneidade no exercício da função e em relação aos quais, até então, não pesa qualquer suspeição, além das declarações da vítima (fl. 4).

Por outro lado, verifica-se que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente não ostenta qualquer vício de fundamentação, satisfazendo plenamente as exigências do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, sendo consistentes e juridicamente corretas as razões invocadas pela autoridade impetrada, de sorte que não comporta alteração.

Acesso ao Sumário

Além da prova da materialidade da infração e da existência de fortes indícios de autoria, referida decisão considerou que ***"ao que consta, o autuado, mesmo ciente de seu dever de não aproximação e contato com a vítima, ousou desobedecer a ordem. As circunstâncias da causa, portanto, indicam que as medidas protetivas foram deveras insuficientes para manter a integridade psicológica e física da vítima. O risco de situações como essa voltarem a ocorrer, portanto, é evidente, dado, inclusive, o histórico do autuado, com passagens criminais, a revelar comportamento agressivo. Assim, ao menos nesta fase de cognição sumária, a integridade física e psicológica da vítima sobrepõe-se à liberdade do autuado. A medida extrema, ademais, urge como forma de garantir a credibilidade do Poder Judiciário, cuja decisão foi desrespeitada, não havendo, por ora, elemento concreto de convicção a indicar que voltará a cumprir a determinação. É inegável que a violência precisa ser combatida em todas as suas formas, daí porque não se deve diminuir ou menosprezar a gravidade da violência que se pratica contra a mulher nos lares e seus efeitos nefastos, que atingem não só a dignidade das vítimas, como também a formação dos filhos, culminando na desestruturação do núcleo familiar, em irremediável círculo vicioso, que precisa e deve ser combatido pelo Direito Penal e por políticas públicas amplas, voltadas à vítima, ao agressor e àquelas pessoas que se vejam inseridas nesses contextos. Não bastasse, o autuado ostenta inúmeras passagens criminais por outros crimes dolosos. Sua folha de antecedentes, aliás, sugere seja reincidente, o que justifica a prisão cautelar como forma de evitar reiteração criminosa, conceito ínsito à noção de garantia da ordem pública a que se referiu."*** (fls. 47/50, dos autos originais).

Desse modo, estando suficientemente motivada pelo MM. Juízo de primeiro grau, cuja convicção não pode ser desconsiderada, pois é ele quem está próximo dos fatos, dos acusados e das testemunhas neles envolvidas e por isso pode avaliar, com maior precisão e segurança, a necessidade da custódia cautelar, referida decisão deve ser prestigiada.

É importante salientar, ainda, que para a decretação da prisão preventiva não há necessidade de provas conclusivas e isentas de dúvidas, bastando, para tanto, a existência de indícios de autoria e de prova da materialidade, consubstanciados, no caso, nas palavras da vítima.

Acesso ao Sumário

Ademais, como cediço ***"a necessidade de proteger a integridade física e psíquica da ofendida e de cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, são indicativas do periculum libertatis exigido para a constrição processual"*** (STJ, AgRg no HC 378750/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 01/02/2017).

Ressalte-se que, no caso, o deferimento de prisão domiciliar ou de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão ao paciente seria claramente inadequado, insuficiente e geraria sentimento de impunidade, ainda mais ante as

circunstâncias já mencionadas.

Não há se falar, ainda, em violação ao princípio constitucional da presunção do estado de inocência, posto que se trata de custódia processual, decretada com observância dos preceitos constitucionais e legais pertinentes, por autoridade competente e decisão devidamente fundamentada, com fins estritamente cautelares, em razão da inequívoca presença dos pressupostos, requisitos e condições de admissibilidade da prisão preventiva.

Diante desse quadro, são irrelevantes as condições pessoais favoráveis do paciente, enaltecidas na impetração, visto que a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos.

Caberá à impetrante, nos autos da ação penal, comprovar as demais alegações, pois a análise do conjunto probatório existente nos autos é impossível de ser feita em sede de *habeas corpus*, pena de vulneração do princípio do juízo natural e de supressão de instância.

Como é sabido, o *habeas corpus* é instrumento de rito sumaríssimo e, portanto, não comporta o aprofundado exame de provas, motivo pelo qual, não há como, na estreita via eleita, se aferir as alegações pertinentes ao mérito da ação penal.

Por fim, apenas para que não fique sem registro, como anotou o douto Procurador de Justiça às fls. 66, ***"despicienda a juntada aos autos de cópia da decisão proferida na origem, que decretou as medidas protetivas... Aliás, como fizemos basta que a Defensoria consulte o processo indicado pela vítima que poderá delas tomar conhecimento, quais sejam: "Sendo assim, forte no artigo 19, §1º, com fundamento no artigo 22, ambos da Lei 11.340/06, ante a narrativa revelada nos presentes autos (páginas 01/07), tendo em vista a verossimilhança da versão trazida à baila pela ofendida e visando evitar um mal maior, necessárias as seguintes medidas protetivas de urgência: a) proibição de aproximação do autor do fato em face da vítima A. D. A. M., fixando o limite mínimo de distância em 100 (cem) metros, inclusive do lar da ofendida; b) proibição de contato do autor do fato com a vítima A. D. A. M., por qualquer meio de comunicação; c) proibição do autor do fato frequentar os locais de comparecimento rotineiro da vítima A. D. A. M." (Processo n. 1501049-86.2022.8.26.0630)".***

Portanto, inexiste constrangimento ilegal a ser reparado pela via do presente remédio constitucional.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2295435-17.2022.8.26.0000, da Comarca de Junqueirópolis, em que é paciente JOAO CARLOS BASSO.

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, concederam a ordem de habeas corpus para, aplicando o princípio da insignificância, trancar a ação penal proposta em desfavor de João Carlos Basso, por atipicidade da conduta, com imediata comunicação ao juízo "a quo", vencido o E. Terceiro Juiz, Des. Augusto de Siqueira, que negava a ordem e não declarará.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.357)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 20 de janeiro de 2023.

MARCELO SEMER, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. Pedido de trancamento da ação penal. Cabimento excepcional, diante das peculiaridades do caso concreto. Subtração de 17 melancias que, segundo valor de prática rural no interior do Estado de São Paulo, valem cerca de R$ 50,00, produto esse integralmente restituído à vítima. Atipicidade material da conduta. Aplicação do princípio da insignificância, diante do preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo STF no HC 84.412-0/SP. Ínfima lesividade da conduta, diante do baixo valor da res furtiva. Réu primário e sem maus antecedentes. Precedentes do STJ. Constrangimento ilegal verificado. Ordem concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado por Luís Alexandre Espigotti em favor de João Carlos Basso, pleiteando seja efetuado o trancamento da ação penal, uma vez que o valor das 17 melancias subtraídas e restituídas seria de R$ 68,00, denotando-se a insignificância do ato.

Em suas razões, o impetrante assevera que a avaliação das melancias teria sido realizada de maneira equivocada, uma vez que utilizado para o cálculo o valor praticado em estabelecimentos comerciais e não aquele de venda do produtor rural, sendo que subtraídas da sua fazenda de cultivo, onde cada uma custa cerca de R$ 4,00 reais.

Não houve pedido de liminar.

Foi determinado processamento da ação a fls. 188/189.

Informações da autoridade impetrada às fls. 192.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 196/198 pela denegação da ordem.

É O RELATÓRIO.

Verifica-se dos autos principais que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal.

Consta da denúncia que, em 15 de maio de 2022, por volta das 16h10, na fazenda Santo Antônio, João Carlos Basso, agindo em concurso de agentes com Ana Angélica Correa da Silva, Sueli de Freitas Basso e Luís Carlos Basso, subtraiu, para eles, 17 melancias, avaliadas em um total de R$ 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco reais), pertencente à vítima *Vinicius Dias Bomediano*.

Segundo se apurou, o denunciado e os demais indicados se dirigiram à referida propriedade rural, a bordo do veículo VW Gol, placa CQD-1B88/Junqueirópolis-SP, aproveitando-se da momentânea ausência de vigilância, subtraiu 17 melancias, colocando-as no porta-malas do veículo.

A vítima chegou ao local e observou a ação do denunciado e dos demais agentes, acionando a Polícia Militar, que os localizou na posse da *res*.

A denúncia foi recebida a fls. 151 dos autos originais.

Foi oferecida a resposta à acusação (fls. 154/161 dos autos de origem).

Pois bem.

Estabelece a Constituição da República de 1988 que o *habeas corpus* será concedido *"sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"* (art. 5º, LXVIII).

Trata-se de uma ação de natureza mandamental com status constitucional, com o intuito de tutelar a liberdade de locomoção dos cidadãos frente ao arbítrio e abusos por parte do Estado, em suas mais diversas formas, o que inclui atos jurisdicionais. Segundo explica Aury Lopes Jr., *"a efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito, e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes"* (in Direito processual penal – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1743).

A respeito do trancamento da ação penal, o entendimento vigente é no sentido de que o trancamento pela via do habeas corpus é excepcional, apenas podendo ser reconhecido quando inequívoca e patente a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Nesse sentido, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que:

Acesso ao Sumário

"O habeas corpus, por ser ação de rito célere, demandar prova pré-constituída e dotada de absoluta certeza, somente poderá ser o instrumento apto para trancar a ação penal, quando, excepcionalmente, manifestarem-se, de forma inequívoca e patente, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade" (REsp n.º 1.046.892-CE, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/8/2012)

No caso dos autos, necessário reconhecer a manifesta atipicidade material da conduta, decorrente do princípio da insignificância, de tal sorte que a continuidade da ação penal de origem caracteriza constrangimento ilegal.

Segundo se depreende do depoimento policial dos agentes militares responsáveis pela abordagem, ambos *estavam de serviço naquela cidade quando em dado momento se depararam com a vítima, a qual lhes informou que havia várias pessoas e vários carros em sua roça, situada na Fazenda Santo Antonio, Bairro Córrego Seco, subtraindo melancias de sua plantação* (fls. 02/04 dos autos originais).

Como se depreende do Auto de Exibição, Apreensão e Entrega, foram subtraídas 17 melancias de tamanho grande (fls. 63/64 dos autos originais), as quais foram retiradas da fazenda Santo Antônio, onde eram plantadas.

Posteriormente, por ocasião da avaliação dos produtos, constou que *após confabularem entre si, os Srs. peritos nomeados avaliaram cada melancia no importe de R$ 15,00, totalizando R$ 255,00* (fls. 65/66 dos autos originais).

Entretanto, como bem salientado pela r. Defesa, a avaliação considerou o valor de comércio da mercadoria em estabelecimentos comerciais e não aquele de venda do produtor rural, circunstância da vítima, resultando em valor mais elevado do que o prejuízo que seria efetivamente suportado, caso não restituídos os frutos.

Em consulta a fonte de dados disponível em sítio eletrônico onde há cotação de preços de mercadorias praticadas em diferentes cidades no interior do Estado de São Paulo (Vargem Grande Paulista e Taquaritinga), o preço atualmente praticado com relação a melancias é de R$0,30/kg[1], de sorte que, uma melancia grande, tendo 10kg de peso médio, valeria R$ 3,00.

Assim, o total de 17 subtraídas devem ser avaliadas em pouco mais de R$ 50,00.

Dessa sorte, no caso em tela, mesmo os rígidos critérios fixados pelo STF (balizas do acórdão paradigma HC 84.412-0/SP) estão preenchidos: a-) mínima ofensividade da conduta do agente, b-) nenhuma periculosidade social da ação, c-) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, d-) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Acesso ao Sumário

1 https://www.mfrural.com.br/detalhe/267778/melancia; https://www.mfrural.com.br/detalhe/153678/melancia, consultas em 19.01.2023.

Nesse sentido, temos que a *res furtiva* tem valor próximo a R$ 50,00 (cinquenta reais), bem abaixo, portanto, do limite de 10% do salário-mínimo utilizado pelo STJ como critério para aplicação do princípio da insignificância –, o que reforça a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ademais disso, o paciente é primário e não possui maus antecedentes, conforme se depreende da certidão de antecedentes criminais de fls. 85/86 dos autos originais.

Nessa linha o entendimento deste E. Tribunal de Justiça e do C. Superior Tribunal de Justiça em hipóteses assemelhadas:

> *HABEAS CORPUS – Furto duplamente qualificado tentado – Pedido de liberdade provisória – Indícios de autoria e de materialidade delitivas presentes – Paciente respondendo a outros processos criminais – Princípio da insignificância cabível no caso concreto – Valor pequeno da coisa subtra*ída que foi restituída à vítima – Ínfima lesão ao bem p*rotegido pela norma penal – Direito penal do fato e não do autor – Liberdade provisória concedida, em liminar, confirmada – Atipicidade da conduta – Trancamento da ação penal, de ofício, como consequência – Aplicado o artigo 580 do Código de Processo Penal ao corréu – Precedentes da 12ª Câmara Criminal do TJSP – ORDEM CONCEDIDA.* (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2148968-69.2022.8.26.0000; Relator (a): Heitor Donizete de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cotia - Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/08/2022; Data de Registro: 15/08/2022)
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I - Firmou-se nesta Corte, nos termos do entendimento do col. Supremo Tribunal Federal, orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequí-*

Acesso ao Sumário

voca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

III - Na hipótese dos autos, verifico que se mostra compatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada. Em primeiro lugar, haja vista a reduzida expressividade do valor do bem subtraído (R$ 117,76 - cento e dezessete reais e setenta e seis centavos), consistente em duas peças de carne bovina, do tipo picanha. Segundo porque não há nos autos qualquer notícia no sentido de que o paciente seria contumaz em tal prática tida por delituosa, ou seria portador de maus antecedentes, de modo que, em razão das circunstâncias do caso concreto, é de se reconhecer a irrelevância penal da conduta. Precedentes.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para trancar a ação penal.

(HC n. 553.441/SP, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 27/2/2020.)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO. TRANCAMENTO DO PROCESSO. INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ÍNFIMO. CONCEITO INTEGRAL DE CRIME. PUNIBILIDADE CONCRETA. CONTEÚDO MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO. GRAU DE OFENSA. VALOR ÍNFIMO DA SUBTRAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

2. As hipóteses de aplicação do princípio da insignificância se revelam com mais clareza no exame da punibilidade concreta - possibilidade jurídica de incidência de uma pena -, que atribui conteúdo material e sentido social a um conceito integral de delito como fato típico, ilícito, culpável e punível, em contraste com estrutura tripartite (formal).

3. Por se tratar de categorias de conteúdo absoluto, a tipicidade e a ilicitude não comportam dimensionamento do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado compreendido a partir da apreciação dos contornos fáticos e dos condicionamentos sociais em que se inse-

Acesso ao Sumário

rem o agente e a vítima.

4. O diálogo entre a política criminal e a dogmática na jurisprudência sobre a bagatela é também informado pelos elementos subjacentes ao crime, que se compõem do valor dos bens subtraídos e do comportamento social do acusado nos últimos anos.

5. Na espécie, o réu primário subtraiu de estabelecimento comercial dois steaks de frango, avaliados em R$ 4,00, valor ínfimo que não evidencia lesão ao bem jurídico tutelado e não autoriza a atividade punitiva estatal.

6. Recurso em habeas corpus provido, para determinar o trancamento da ação penal.

(RHC n. 126.272/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 15/6/2021.)

Dessa forma, é o caso de conceder a ordem para, aplicando o princípio da insignificância, trancar a ação penal proposta em desfavor da paciente, por atipicidade da conduta.

Ante o exposto, pelo meu voto, concedo a ordem de habeas corpus para, aplicando o princípio da insignificância, trancar a ação penal proposta em desfavor de João Carlos Basso, por atipicidade da conduta, com imediata comunicação ao juízo *"a quo"*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2282878-95.2022.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é paciente FÁBIO HENRIQUE BRIONE e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.471)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2023.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: "Habeas Corpus" – Paciente condenado a cumprir pena em regime inicial semiaberto – Expe-

Acesso ao Sumário

dição de mandado de prisão antes da intimação do sentenciado – Alegação de violação à Resolução nº. 474/2022 do Conselho Nacional de Justiça – Não ocorrência – À luz do Comunicado CG nº. 628/2022 deste Egrégio Tribunal de Justiça, a nova sistemática é aplicável às condenações com trânsito em julgado a p**artir de 12 de setembro de 2022 – Condenação do paciente que transitou em julgado em data anterior – Não retroatividade da norma – Inexist**ência de constrangimento ilegal – **Ordem denegada.**

VOTO

Vistos.

Trata-se de "Habeas Corpus", com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em favor do paciente **FÁBIO HENRIQUE BRIONE**, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Limeira.

Alega, em síntese, que o paciente foi condenado a cumprir pena em regime inicial semiaberto e que o MM Juiz fez expedir mandado de prisão para o cumprimento da pena, inobstante lhe competisse tão só emitir guia de recolhimento e remeter os autos à Vara de Execução Criminal, para que primeiramente fosse verificada a existência de vaga no regime intermediário, nos termos da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 417/21 e do Comunicado nº 628/2022 da Corregedoria Geral deste E. Tribunal de Justiça, a fim de garantir as condições de encarceramento previstas na Súmula Vinculante nº 56.

Sustenta ainda que, por serem mais favoráveis, tais disposições legais deveriam ser aplicadas de forma retroativa, de sorte a beneficiar o paciente, restando caracterizado o constrangimento ilegal.

Pretende, portanto, a concessão da ordem para que seja cassada a decisão que expediu mandado de prisão em desfavor do paciente, postulando a expedição de alvará de soltura já como medida liminar.

A medida liminar foi indeferida por este Relator em 30 de novembro de 2022.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora, e a Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou seu parecer pela denegação da ordem.

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,

Acesso ao Sumário

não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Extrai-se das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora que o paciente foi condenado, no bojo da ação penal nº 1511942-04.2019.8.26.0320, pela prática do crime previsto no artigo 155, parágrafo 4º, incisos I e II, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 01 ano, 06 meses e 04 dias de reclusão em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 06 dias-multa em seu mínimo unitário.

Consta ainda que não se conformando com a sentença condenatória o paciente interpôs recurso de apelação, ao qual esta Colenda Câmara, por v. Acórdão unânime de minha relatoria, negou provimento, de sorte que a condenação transitou em julgado para a Defesa em 09 de março de 2022 e para o Ministério Público em 29 de março de 2022, sobrevindo a expedição de mandado de prisão em regime semiaberto em desfavor do paciente pelo Juízo de conhecimento, devidamente cumprido em 25 de novembro de 2022.

Outrossim, em consulta ao feito de origem e ao sistema SIVEC, verifico que em 15 de dezembro de 2022 o MM Juiz expediu a guia de recolhimento do paciente, que se encontra cumprindo a sua pena no regime prisional intermediário, portanto, recolhido em estabelecimento prisional adequado, restando superada a alegação de possível ofensa à Súmula Vinculante nº 56.

De outra parte, inexiste constrangimento ilegal na expedição do mandado de prisão previamente à intimação do sentenciado para dar início ao cumprimento da pena em regime prisional semiaberto, eis que o artigo 23[1] da Resolução nº 417 do Conselho Nacional de Justiça, com a redação dada pela Resolução 474 do Conselho Nacional de Justiça e que assim determina, apenas passou a vigorar a partir de 12 de setembro de 2022.

Não fosse o bastante, tal dispositivo deve ser lido à luz do Comunicado CG nº628/2022 deste Egrégio Tribunal de Justiça, que regulamentou o tema, delimitando que o regramento acima mencionado passaria a vigorar para as condenações em regime prisional semiaberto cujo trânsito em julgado tenha se dado a partir do dia 12 de setembro de 2022, e, conforme já acentuado, a condenação do paciente transitou em julgado antes da referida data, de sorte que a expedição do mandado de prisão pelo MM Juiz sentenciante observou estritamente a regulação então pertinente (antiga redação da Resolução 417 do Conselho Nacional de Justiça).

Aliás, sendo expressa a delimitação temporal, é inviável a pretensão à retroatividade da referida resolução, até mesmo pela própria natureza regula-

1 Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante nº 56.

Acesso ao Sumário

mentar.

Enfim, não parece razoável cassar a decisão impetrada, concedendo liberdade ao sentenciado, que está cumprindo sua pena no regime adequado, para que ele então fosse intimado a retornar no local onde já se encontra.

Neste sentido é o posicionamento deste E. Tribunal:

HABEAS CORPUS. Execução Penal. Paciente condenado a pena no regime semiaberto, mas que se encontra preso em regime fechado. Superveniente transferência do sentenciado à vaga em regência adequada. Perda do objeto. Writ prejudicado, nessa parte. Pretensão defensiva para que seja o paciente primeiramente intimado a dar início ao cumprimento da pena, nos termos da Resolução 474, do C. CNJ. Impossibilidade. Questão regulamentada pelo Comunicado CG 628/2022. Nova sistemática que deve ser observada apenas aos casos com trânsito em julgado posterior a 12/09/2022, e esse não é o caso dos autos. Expedição do mandado de prisão que observou estritamente a regulamentação pertinente. Pedido de liberdade provisória. Impossibilidade. Prisão para cumprimento de pena definitiva. Cárcere que se sujeita ao regime da LEP e à jurisdição do Juízo das Execuções. Impetração parcialmente prejudicada e, no restante, denegada a ordem. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2276753-14.2022.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Coelho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/12/2022; Data de Registro: 19/12/2022)

ASSIM, PELO MEU VOTO, DENEGO A ORDEM DE "HABEAS CORPUS".

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2001548-26.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente RICARDO SOUZA DA ROCHA e Impetrante WASHINGTON LUIZ MOURA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.872)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL MARQUES E SILVA (Presidente) e MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023.

WALTER DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Crime de trânsito – Figura tipificada no art. 306 do CTB – Expedição de Salvo Conduto – Liberdade provisória concedida mediante pagamento de fiança – Hipossuficiência – ACOLHIMENTO – A imposição de pagamento de fiança aos hipossuficientes fere o sistema constitucional que proíbe o condicionamento da revogação da liberdade provisória em virtude da ausência de recolhimento da fiança arbitrada pelo Juízo de Primeira Instância. Liminar ratificada. Ordem concedida.

VOTO

O Dr. Washington Luiz Moura, Advogado, impetra o presente **Habeas Corpus Preventivo**, com **pedido de liminar**, em favor de **RICARDO SOUZA DA ROCHA**, no qual afirma que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito do Plantão Judicial da Comarca de São Paulo/SP.

Narra, em síntese, o ilustre impetrante, que o paciente foi preso em flagrante pela prática do delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, todavia, obteve liberdade provisória mediante pagamento de fiança arbitrada em um salário mínimo, devendo essa ser recolhida no prazo de cinco dias, a contar da data da decisão.

Acrescenta que o paciente é hipossuficiente, angariando uma renda mensal de R$ 1.800,00, não podendo arcar com referida despesa, posto que é pai de família, possui filho e residência fixa.

Entende que a decisão é injusta e que o paciente não pode retornar ao cárcere somente por essa circunstância e expõe que ele é indivíduo primário, de tal sorte que possui os requisitos legais para responder ao processo em liberdade.

Assevera que no caso telado é perfeitamente possível adoção de medida cautelar alternativa à prisão, de modo que a expedição de salvo conduto para garantia de sua liberdade, é medida que se impõe.

Dentro desse contexto, requer a concessão da ordem, a fim de que seja expedido **salvo conduto** em favor do paciente para que ele possa aguardar o deslinde da persecução penal, abstendo-se a autoridade impetrada de exigir o recolhimento da fiança aqui comentada.

A liminar foi deferida, fls. 140/142. Processada a ordem.

O MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquérito Policial prestou as

Acesso ao Sumário

informações de praxe às fls. 145/146.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da ordem, fls. 149/150.

É O RELATÓRIO

Trata-se de ***Habeas Corpus***, em favor de **RICARDO SOUZA DA ROCHA**, objetivando a expedição salvo conduto, sem recolhimento de fiança, sob a alegação de que o paciente não possui condições financeiras para recolher o valor arbitrado, sem, contudo, comprometer o seu sustento próprio e de seus familiares.

O MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquérito Policial prestou informações nos seguintes termos: "... O paciente foi preso em flagrante delito na data de 23/12/2022, em virtude da prática, em tese, do crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro). Segundo consta nos autos, policiais militares encontravam-se em patrulhamento quando depararam-se com motocicleta em possível situação de infração administrativa. Assim sendo, a equipe policial abordou o condutor, RICARDO SOUZA DA ROCHA, e, ao inspecionar o veículo, verificou que as numerações do chassi e do motor apresentavam sinais visíveis de adulteração, que a etiqueta de identificação fora removida e que as placas do automóvel não lhe diziam respeito. Em relação ao motorista, os policiais constataram que este apresentava fortes sinais de embriaguez, sendo que, em solo policial, o investigado confessou haver consumido bebida alcoólica e realizou teste de alcoolemia, o qual informou que o averiguado apresentava 0,48 miligramas de álcool por litro de ar alveolar. Diante deste quadro, foi decretada a prisão em flagrante do investigado, ora paciente. Em 24/12/2022, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, sendo expedido mandado de prisão em desfavor de RICARDO. Todavia, em 27/12/2022, conforme decisão proferida nos autos à fl. 98, foi deferido o pedido de liberdade provisória do paciente e determinada a expedição de alvará de soltura em seu favor, sendo que, na presente data, RICARDO SOUZA DA ROCHA encontra-se em liberdade. Contudo, a manutenção da liberdade do investigado ficou condicionada à comprovação do recolhimento de fiança no valor R$ 1.000,00 no prazo de cinco dias. Inconformado com a fixação da cautelar, o investigado impetrou habeas corpus preventivo com pedido liminar, a fim de evitar o cerceamento de sua liberdade em razão do não recolhimento da fiança. Tendo sido deferida a liminar pleiteada no presente habeas corpus, foi expedido o competente salvo conduto. No mais, diante da juntada do relatório final aos autos, o feito já foi remetido ao Ministério Público, aguardando-se oportuna manifestação ministerial para remessa dos autos à Vara Preventa, a fim de dar prosseguimento em seus ulteriores termos."

Acesso ao Sumário

A ordem comporta concessão.

Isso porque, conforme já observado em sede de liminar, o paciente não possui condições financeiras para arcar com a fiança arbitrada pelo Juízo de Primeira Instância. Apesar de ter, em tese, praticado o crime previsto no artigo

306 do Código de Trânsito Brasileiro, não se pode afirmar que ele ou sua família tenham condições de suportar a caução que lhe fora arbitrada, que, aliás, foi desproporcional, levando-se em conta o salário que aufere mensalmente.

Há que se considerar que mesmo na condição de acusado, o Estado não pode prejudicar o seu sustento e/ou o sustento de sua família.

A decisão da autoridade impetrada não merece prosperar porque fere o sistema constitucional que proíbe que pessoas pobres sejam segregadas preventivamente por não possuírem condições financeiras para suportar o pagamento da fiança.

Vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIANÇA. CABIMENTO. VALOR EXCESSIVO. PACIENTE SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS. ISENÇÃO. Constatada a ausência de condições econômicas do paciente, impositiva sua isenção da fiança, a fim de evitar desvirtuamento do instituto da fiança a ponto de configurar medida proibitiva à liberdade provisória. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA PARA COLOCAR EM LIBERDADE O PACIENTE COM MEDIDAS CAUTELARES SEM FIANÇA. (TJ-GO HC: 07268386120198090000, Relator: ÁTILA NAVES AMARAL, Data de Julgamento: 24/01/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 24/01/2020).

Assim, diante da **existência** de constrangimento ilegal a ser reparado, **CONCEDO A ORDEM** pleiteada e **RATIFICO** os termos da liminar outrora concedida.

Expeçam-se o necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2006091-72.2023.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente GUSTAVO DOS SANTOS TAVARES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM a ordem para trancar a ação penal nº 1501340-28.2022.8.26.0617, diante da ausência de justa causa; PREJUDICADO o mérito do Habeas Corpus. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.411)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO

Acesso ao Sumário

ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PRISÃO EM FLAGRANTE. DESVIO DE FINALIDADE E *FISHING EXPEDITION*. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. Existência de mandado de prisão que não autoriza a busca domiciliar. Policiais civis que, em cumprimento de mandado de prisão, realizaram, no interior do imóvel, buscas que se mostraram alheias ao mandado originário, extrapolando os limites da ordem. Atuação ilegítima. Precedentes. ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo ilustre defensor público, Dr. Augusto Guilherme Barbosa, em favor de GUSTAVO DOS SANTOS TAVARES, contra ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jacareí.

Sustenta, em apertada síntese, ausência de justa causa para o recebimento da denúncia, porquanto nulas as provas produzidas a partir de diligência de busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial, por ocasião do cumprimento de mandado de prisão preventiva do paciente expedido nos autos de outra ação penal. Alega, ainda, desnecessidade da prisão preventiva.

Busca, assim, o trancamento da ação penal ou, subsidiariamente, a concessão da liberdade provisória.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (fls. 65/67).

Dispensadas informações, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 74/72).

É o relatório.

Detidamente analisando a presente impetração, entendo ser o caso de concessão da ordem para trancar a ação penal.

O paciente foi preso em flagrante no dia 19 de setembro de 2022 porque, supostamente, tinha em depósito, no interior de sua residência, para fins de tráfico, 112 (cento e doze) porções de maconha, com peso líquido de 55,6g (cinquenta e cinco gramas e seis decigramas); nas mesmas circunstâncias, possuía

Acesso ao Sumário

um revólver, marca Taurus, calibre 38, com numeração suprimida, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo narra a inicial, *na manhã dos fatos, policiais civis se dirigiram ao endereço descrito acima para cumprir mandado de prisão preventiva em desfavor de Gustavo, expedido nos autos 1501141-06.2022.8.26.0617, da 1ª Vara Criminal de Jacareí, no qual ele figura como acusado pelo crime de roubo (pp. 15/16). No interior da casa, Gustavo foi preso e, por ocasião do cumprimento do mandado, os policiais ainda encontraram na gaveta da cômoda do quarto 112 porções de "maconha" e um revólver da marca Taurus, calibre 38, com numeração suprimida. Na presença da Autoridade Policial, o denunciado optou por fazer uso de seu direito ao silêncio.*

Ressalvado e respeitado entendimento em sentido diverso, reputo ilegítima a atuação dos policiais civis no caso concreto.

Anoto, inicialmente, embora não seja o meio adequado para análise do conjunto probatório, há situações em que se recomenda esse exame, como no presente caso, onde necessário aferir a existência de justa causa para o aparelhamento da ação penal.

Na hipótese, a irregularidade apontada se mostra evidente, conforme se depreende da própria denúncia, haja vista que a finalidade da diligência dos policiais era o cumprimento do mandado de prisão, e não a realização de busca domiciliar. É inegável, assim, a extrapolação do comando judicial.

Os próprios policiais responsáveis pela prisão relataram que a finalidade da diligência era o cumprimento do mandado de prisão em razão de sua suposta participação em um crime de roubo. Eles se dirigiram ao local dos fatos e, após encontrá-lo na residência por ele alugada, encontraram *na gaveta da cômoda do quarto um revólver Taurus calibre .38 com numeração suprimida desmuniciado, bem como 112 porções de maconha* (fls. 2 e 3).

Note-se, pois, que no presente caso restou caracterizada uma diligência conhecida como *fishing expedition*, isto é, diligencia realizada de forma indiscriminada, sem objetivo certo, com a finalidade de "pescar" elemento de prova que possa subsidiar uma futura ação penal. Nas palavras de Alexandre de Morais da Rosa, É a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza, em que não se sabe se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fisgados, muito menos a quantidade (in, Guia de Processo Penal Estratégico, de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina, Emais, 2021, p; 389/390).

Assim, com razão o impetrante, uma vez que a busca domiciliar não foi previamente autorizada pela autoridade judicial, sendo inegável a ilicitude da

Acesso ao Sumário

prova, não havendo mero encontro fortuito, mas verdadeira busca probatória dentro da casa, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar o agente.

Nesse sentido os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE RECONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Entende esta Corte que "o ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (HC 598.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 15/03/2021). 2. Na hipótese, o contexto fático narrado na sentença foi de que os policiais se dirigiram até a residência do paciente para o cumprimento de mandado de prisão por condenação em outra ação penal. Não obstante, ao chegarem no local indicado no mandado de prisão, foram recebidos pelo genitor do paciente, que afirmou que este não residia no local, mas na residência localizada à frente. Diante dessa informação, os policiais dirigiram-se à outra residência, quando então foram recebidos pelo paciente, que se identificou, momento em que os policiais escutaram uma correria no local e quando o réu abriu a porta teriam visto um pote contendo maconha, razão pela qual adentraram no imóvel. 3. Do contexto que foi descrito não se verifica a existência de fundadas suspeitas aptas a justificarem o ingresso no domicílio do paciente, pois somente o fato afirmado pelos policiais, de que após se identificarem ouviram uma correria dentro do imóvel, não é suficiente para se presumir pela ocorrência de crime dentro da residência. 4. "É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas. [...] Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja

Acesso ao Sumário

vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade" (HC n. 663.055/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022.). 5. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilicitude das provas colhidas por meio da violação de domicílio, bem como as delas decorrentes, absolvendo o paciente da imputação do crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, na ação penal nº 5030316-16.2021.8.24.0038 da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC. (HC n. 732.986/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 17/10/2022.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESISTÊNCIA. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. NULIDADE PARCIAL DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. RECURSO PARCIALMENTE 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 morador, 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. 3. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência". 4. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se

Acesso ao Sumário

restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas. 5. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. 6. No caso dos autos, o ingresso no domicílio do acusado foi justificado com base na alegação dos policiais de que, em patrulhamento de rotina, avistaram o réu com um volume na cintura que aparentava ser uma arma de fogo, razão pela qual decidiram abordá-lo, mas ele demonstrou nervosismo e se evadiu da guarnição para o interior da residência. Perseguido e capturado o réu, constatou-se que, de fato, ele portava uma arma de fogo municiada na cintura. Depois disso, os policiais soltaram cães farejadores na residência do recorrente e passaram a fazer uma varredura minuciosa à procura de drogas, oportunidade em que encontraram, dentro de uma mochila em um guarda-roupas, 518 gramas de cocaína e uma balança de precisão; ainda, no fundo falso de uma gaveta apreenderam mais R$ 7.000,00 em dinheiro e uma caderneta com anotações do tráfico. 7. Ao menos para perseguir e capturar o recorrente no interior do imóvel, havia justa causa amparando a ação dos agentes de segurança. Com efeito, segundo assentaram as instâncias de origem, além de o réu haver demonstrado nervosismo ao avistar a guarnição policial e haver fugido dos agentes, eles afirmaram que viram um volume na cintura do acusado que aparentava ser uma arma de fogo (o que se confirmou ao final), de modo que tinham fundadas razões para acreditar estar configurada situação de flagrante delito para ingressar no domicílio em perseguição ao réu a fim de apreender a arma. Isso, todavia, não significa que, uma vez concluído o propósito que legitimou excepcionalmente o ingresso domiciliar, estivessem os militares autorizados a fazer uma varredura na residência do acusado, com o auxílio de cães farejadores, à procura de drogas, porquanto já havia sido cumprida a finalidade da diligência invasiva. 8. Na espécie, fica evidente o desvio quanto à finalidade que ensejou o ingresso no domicílio do réu, porquanto a justa causa se relacionava exclusivamente ao porte de uma arma de fogo, a qual já havia sido apreendida - junto com o carregador e as munições - tão logo o recorrente foi capturado e revistado. Ao soltar os cães farejadores na residência e vasculhar seu interior minuciosamente, com o deliberado intento de procurar drogas (não se tratou, portanto, de encontro fortuito), os policiais ultrapassaram nitidamente o escopo da medida invasiva e, por isso, macularam a validade das provas colhidas a partir do momento em que foram apreendidos a arma, o carregador e as munições no corpo do réu. 9. Recurso parcialmente

Acesso ao Sumário

provido para o fim de reconhecer a ilicitude das provas colhidas no interior da residência do acusado, ressalvada, apenas, a apreensão da arma de fogo, do carregador e das munições, os quais foram localizados junto ao corpo do recorrente em revista pessoal dentro do domicílio. (RHC n. 165.982/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS CIVIS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO POR INVESTIGAÇÃO DE CRIME DIVERSO. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS E DERIVADAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante recente orientação jurisprudencial desta Corte Superior, "É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito" (HC n. 663.055/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022). 2. Nessa linha de intelecção, não se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo- conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. 3. A existência de mandado de prisão em aberto para apuração de crime de homicídio supostamente praticado por dois dos pacientes não justifica a realização de buscas na residência da terceira paciente, em verdadeira pescaria/expedição probatória, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea da ré, o que não ocorreu no caso. 4. Somado a isso, ainda que as provas encontradas posteriormente configurem crime permanente, estas não podem ser usadas para justificar, a posteriori, a violação do domicílio. Isso porque as razões que justifiquem o ingresso na residência devem existir no momento da ação ou previamente a ela. A constatação posterior da situação de flagrância não é capaz de conferir licitude à invasão, de forma retroativa. 5. Assim, reconhecida a ilegalidade da busca probatória dentro da casa, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar os acusados, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes,

Acesso ao Sumário

impondo-se a absolvição dos agentes, nos termos do art. 386, II, do CPP. 6. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Santa Catarina a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 733.910/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.)

Sendo assim, apenas se poderia, em tese, admitir a apreensão de drogas e da arma de fogo se estivessem expostas à vista dos policiais, o que aqui não ocorreu, já que constou expressamente que foram localizadas na gaveta do cômodo do quarto.

E não houve qualquer apontamento que indicasse a ocorrência de flagrante delito no local, o que faz com que prevaleça o direito constitucional da inviolabilidade de domicílio.

Nesse quadro, forçoso reconhecer que a apreensão dos entorpecentes e da arma de fogo decorreu de atuação ilegítima dos policiais civis, caracterizando prova ilícita, inadmissível nos termos do artigo 157, do Código de Processo Penal.

Assim, não havendo prova da materialidade ou autoria delitiva que tenha sido colhida de fonte independente da ilícita apreensão, resta evidente a ausência de justa causa, motivo pelo qual deve ser determinado o trancamento da ação penal.

E, invalidada a prisão em flagrante em razão da ilicitude da atuação dos policiais civis, desnecessária análise relativa aos fundamentos da decisão que decretou a prisão preventiva.

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem para trancar a ação penal nº 1501340-28.2022.8.26.0617, diante da ausência de justa causa; **PREJUDICADO** o mérito do *Habeas Corpus*.

Comunique-se, com urgência, o MM. Juízo de origem.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0037256-16.2019.8.26.0000, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que é peticionário

JULIANE ERMEZINDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.733)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, ALBERTO ANDERSON FILHO, LUIZ FERNANDO VAGGIONE e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: Homicídio qualificado – Absolvição – Recurso da acusação – Novo Júri – Condenação – Recurso defensivo alegando a nulidade do feito por insuficiência de provas. No mérito, pugnou-se pela absolvição, alegando não haver testemunha presencial, baseando-se a sentença tão somente na materialidade do delito – Votação unânime da Colenda 6ª Câmara para negar provimento ao apelo – Revisão Criminal alegando insuficiência de provas – Indeferimento – Pena mantida.

VOTO

A peticionária foi denunciada como incursa no artigo 121, §2°, inciso IV do Código Penal, em razão de fatos ocorridos no dia 7 de março de 2003, no período noturno, na Rua Treze, nº 290, Bairro de Vila Fercon, quando, matou com disparo de arma de fogo seu companheiro, Glaubaid Silvio Zorzan, sendo absolvida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Paraguaçu Paulista (fls. 515-516).

Inconformado, apelou o Ministério Público, tendo a Egg. 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dado provimento ao recurso, para anular o julgamento como um todo, ante a contrariedade à evidência dos autos (fls. 549-554 – 3º vol.).

Após novo julgamento, a ora peticionária foi condenada a 12 anos de reclusão, no regime fechado, como incursa no artigo 121, parágrafo 2°, inciso IV, do Código Penal (fls. 652-653 – 4º vol.), decisão contra a qual apelou, alegando que os jurados foram induzidos a erro e a decisão foi contrária à prova dos autos (fls. 655-665)

Acesso ao Sumário

A Egg. 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, não conheceu do recurso da defesa, mantendo integralmente a decisão de primeira instância (fls. 687-689). A decisão transitou em julgado para o Ministério Público em 2.5.2019; para a defesa, em 9.4.2019 (fl. 691).

Agora, através do presente pedido, a defesa pleiteia a revisão do processo, alegando, inicialmente, nulidade do feito, ante a ausência de provas. No mérito, requer a absolvição, fundada na fragilidade do conjunto probatório, alegando que a sentença se baseou apenas na materialidade do delito, o que não é suficiente para uma condenação criminal, bem como o ato criminoso não foi presenciado por ninguém (fls. 2-8).

A Procuradoria-Geral de Justiça oficiou no sentido do não conhecimento ou improcedência do pedido revisional (fls. 26-29).

É o relatório.

Pretende a Procuradoria Geral de Justiça que a presente ação não seja conhecida, visto que entende não se fundar em apreciação de novas provas. Aduz, também, que a defesa busca, na verdade, o reexame das evidências carreadas aos autos.

Entretanto, uma das possibilidades consignadas no artigo 621, nº I, do Código de Processo Penal, é a revisão em virtude de sentença contrária à evidência dos autos. Sobre esse tema, José Frederico Marques sustenta que a decisão: "é revista e rescindida, mediante reexame do que se continha no processo no qual a sentença errônea e iníqua foi proferida". Depois, assinala: "Quando, no entanto, a revisão se assenta no artigo 621, nº II, do Código de Processo Penal, fatos novos é que possibilitam a rescisão do julgado condenatório". Posto que formulado o pedido com supedâneo no artigo 621, nº I, do CPP, afasta-se o argumento, conhecendo-se do pleito, conforme é o entendimento prevalente neste Grupo de Câmaras, alertando-se que revisão criminal não deve ser utilizada à guisa de apelação, como mero instrumento de reavaliação de provas existentes nos autos e anteriormente analisadas por competente Câmara Criminal deste Tribunal.

Acesso ao Sumário

Conforme a inicial, o ofendido e a acusada mantinham um relacionamento há aproximadamente 3 anos. Na data dos fatos, ambos chegaram à residência e a vítima deitou-se em sua cama. Ato contínuo, Juliane, aproveitando-se que Glaubaid estava deitado em decúbito lateral direito, utilizando a própria arma dele ofendido, desferiu um tiro em sua nuca. Cerca de 20 minutos após o disparo, a acusada acionou a polícia.

Em juízo, a acusada reafirmou não fora a autora do disparo que atingiu a vítima. Alegou estivesse em casa, quando o seu companheiro foi para o quarto assistir TV, bem como deixaram a única porta de entrada da casa aberta. Em seguida, foi tomar banho, momento em que ouviu um disparo, ficou assustada e

saiu do banheiro cerca de 15 minutos depois. Ao sair, deparou-se com a vítima imóvel na cama e com a cabeça cheia de sangue, se trocou e foi pedir ajuda para seu vizinho. Foram até a casa da vizinha Sueli e o cunhado dela chamou a polícia. Declarou que a vítima deixou sua arma no rack da televisão, porém, após o disparo, a arma estava a cama (fls. 231-233).

Ouvida em plenário, a acusada manteve a negativa, confirmando que ao ouvir o barulho, continuou dentro do banheiro, *"porque eu já sabia, ele sofria ameaças"* e secou o banheiro. Disse que ao sair do banheiro fechou a porta da casa, colocou uma roupa e foi pedir socorro (mídia fl. 36).

Segundo as testemunhas Gláucia e Aparecida de Lurdes, o ofendido lhes falou que Juliane o ameaçava, acrescentando Glaucia que a ré queria reatar o relacionamento e estivesse de posse da arma de fogo dele vítima, esclarecendo que a porta do imóvel do casal não estava arrombada (mídia fl. 36)

Em sua vez, a testemunha Mário Henrique reafirmou, no dia dos fatos, uma pessoa que estava com ele ouviu um barulho dizendo parecesse uma bomba, um tiro. Logo depois, a ré saiu de dentro da casa e foi até a padaria de um primo dele testemunha, localizada em frente e pediu socorro. Confirmou, enquanto esteve do lado de fora da residência, não viu ninguém entrar ou sair da casa da vítima a não ser a ré, não tendo visto movimentação estranha na casa, nem antes, nem depois do barulho. Esclareceu que a ré "saiu normal" do interior da casa e depois gritou por socorro. Disse que foi possível avistar a ré saindo da casa, estava claro e no outro dia ouviu comentários. Conhecia ré e vítima apenas de vista. Esclareceu que não ficou curioso para saber o que aconteceu, ficou assustado.

Por seu turno, o investigador de polícia, José Eduardo, reafirmou, segundo Maria Aparecida e Mário Henrique, vizinhos que estavam próximos da residência da vitima, não viram ninguém entrar ou sair da residência, a não ser a ré. Esclareceu que os vizinhos dos fundos, três ao que se recorda, disseram que estavam dormindo quando ouviram o disparo e logo saíram para verificar e também confirmaram que não viram ninguém entrando ou saindo da residência da vítima. Ouviu profissionais que atuaram no caso, como bombeiro, perito e policiais militares, colhendo informações importantes para desvendar o caso e também falou com a própria Juliana.

As testemunhas de defesa nada esclareceram que pudessem elucidar os fatos (mídia – fl. 36).

A versão sustentada pela acusada de que estava tomando banho quando escutou a voz de uma pessoa desconhecida e, em seguida, o disparo, foi contrariada pelo depoimento de Mario Henrique da Silva, vizinho do ofendido, confirmando, em todas as oportunidades em que foi ouvido, que não viu ninguém adentrar a residência além do casal (fls. 256, 496-497 e mídia – fl. 35).

Acesso ao Sumário

Ainda, em plenário, o investigador de polícia, José Eduardo Rosa, que participou das investigações, afirmou que percebeu diversas incoerências no relato da ré. Segundo relatou, a ré mencionou alguns detalhes, primeiro dizendo que a porta da cozinha estava aberta e a porta do banheiro também, depois ela disse que trancou a porta do banheiro porque era desconfiada. A ré disse que tomava banho quando ouviu o barulho e pensou em sair e perguntar à vítima porque estava dando tiro, mas ao mesmo tempo ela permaneceu lá porque o agressor do ofendido poderia fazer mal a ela também. A ré disse que secou o banheiro antes de socorrer o próprio companheiro, dizendo estivesse muito nervosa, justificando que as paredes do banheiro estavam secas porque abriu pouco o chuveiro (fls. 250-253; 498-499 e mídia – fl. 35).

Ora, diante dos elementos coligidos, não se pode sustentar que o conselho de sentença decidira contrariamente ao apurado na instrução do processo, ao condenar a acusada pelo homicídio qualificado. Ao reverso do sustentado pelos combativos defensores, adotou-se a versão que se afigurou mais consentânea com a realidade dos fatos e que aparentava ser a verdade processual obtida com aquelas provas. Agiram, os jurados, nos limites da autonomia decisória de que são investidos e, portanto, dentro daquilo que se admitiu chamar de soberania dos veredictos.

Aliás, na análise das provas reunidas no curso da instrução do processo é possível que essas propiciem determinada conclusão. Esta é resultado da avaliação conjunta daquilo que aponta a culpabilidade do acusado e dos indícios favorecendo as teses defensivas. Assim, sempre poderá haver algum adminículo em sentido contrário do decidido, que, contudo, não invalida a decisão do conselho de sentença. Examinado o conjunto das provas, apontando esse em determinado sentido que possa ser tomado como certeza para o convencimento dos julgadores, não há decisão manifestamente contrária às provas colhidas. Existe essa quando os indícios tomados para a condenação são absolutamente tênues, não resistindo à crítica contrária, em face de outros presentes no processo. Porém, tal crítica não se podia fazer, contra a prova tomada para o veredicto.

Acesso ao Sumário

Ademais disso, cuida-se de juízo rescisório da coisa julgada, cujo ônus de prova do *error in judicando* cabe à defesa, porquanto a revisão criminal não deve ser utilizada à guisa de apelação, como mero instrumento de reavaliação de provas existentes nos autos e anteriormente analisadas por competente Câmara Criminal deste Tribunal.

Portanto, o processo revidendo não comporta reparos e, ante tais motivos, indefere-se a revisão criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2127159-23.2022.8.26.0000, da Comarca de Lorena, em que é peticionário WESLEY BRUNO FLORENTINO GONCALVES.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, no mérito, JULGARAM IMPROCEDENTE a presente revisão criminal. V.U. Sustentou oralmente o advogado, Dr. Thiago Trefiglio Rocha. Usou a palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Valter Foletto Santin.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.553)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE SAMPAIO (Presidente), FRANCISCO ORLANDO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Nulidade. Violação de domicílio. Não ocorrência. Ação revisional que não encontra respaldo em nenhuma das hipóteses do artigo 621 do CPP. Desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Condenação que não se mostra contrária à evidência dos autos. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Crime de perigo abstrato. Pedido revisional indeferido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Revisional Criminal ajuizada por **WESLEY BRUNO FLORENTINO GONÇALVES**, perante este Tribunal de Justiça, visando rescindir o v. Acórdão da 14ª Câmara de Direito Criminal (fls. 47/58), que deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir as penas impostas para 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

A condenação transitou em julgado para as partes em 18 de dezembro de

Acesso ao Sumário

2020 (certidão de fl. 33).

A Defesa apresentou as razões para a rescisão do julgado com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, alegando, preliminarmente, a ilicitude da prova em razão da violação de domicílio, devido ao patrulhamento ostensivo em propriedade privada. No mérito, requer a absolvição do peticionário por atipicidade da conduta, com fundamento no princípio da insignificância. Subsidiariamente, busca a desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei de Drogas (fls. 01/28).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da ação revisional, caso conhecida, pelo indeferimento (fls. 371/376).

A douta defesa do peticionário manifestou oposição ao julgamento virtual (fl. 369).

É o relatório.

Destaca-se, inicialmente, que a contrariedade à prova dos autos deve decorrer do divórcio dos elementos probatórios existentes no processo penal e a decisão vergastada. A contrariedade deve ser frontal, evidente como recomenda o texto legal. Tal situação inexiste no caso de o julgado encontrar fundamento, como no caso em exame, em um conjunto probatório suficiente a embasar a responsabilidade do réu.

Não se há falar em nulidade das provas obtidas na fase de investigações em razão da violação de domicílio.

Em primeiro lugar, observo que referida nulidade não fora arguida em defesa prévia (fls. 121/125), nas alegações finais (gravação audiovisual - *link* à fl. 231), nem nas razões de apelação (fls. 244/248), vindo a ser arguida somente agora nessa ação revisional.

Ademais, verifica-se no caso em análise que os policiais militares afirmaram que o local é conhecido como ponto de venda de drogas. No dia dos fatos, foram ao local para identificar os traficantes, oportunidade em que avistaram o peticionário em atitude suspeita. Ele, contudo, conseguiu fugir. Mais tarde, retornaram ao local e visualizaram novamente o peticionário e, mais uma vez, ele tentou empreender fuga por dentro do condomínio da CDHU, mas acabou sendo detido. Em sua posse, foram localizadas sete porções de maconha e dinheiro.

Não prospera a alegação de violação de domicílio, pois como se observa, a polícia foi ao local, pois era de seu conhecimento que no estacionamento ocorria tráfico de drogas com frequência. Portanto, existiam fundadas razões para os policiais ingressarem na área comum do condomínio para a abordagem do peticionário, que tentou empreender fuga ao notar a presença policial. Confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBU-

Acesso ao Sumário

NAL DE ORIGEM. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NULIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A DEFESA PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO VERIFICADA. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. FUNDADAS SUSPEITAS. VÍCIO NÃO CONSTATADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)

6. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado judicial para ingressar na residência do agente. Todavia, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. No caso, como bem destacado no acórdão recorrido a autoridade policial procurou diligenciar e investigar o local denunciado, lá constando, segundo referem, com base em acompanhamento e em informações de colaboradores, que os locais investigados possuíam características comuns a pontos de distribuição de drogas.

7. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 644.652/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021.)

Destarte, não se vislumbra nenhuma ilegalidade na atuação policial.

No mais, o peticionário foi denunciado porque:

"(...) no dia 30 de outubro de 2019, por volta das 17 horas e 50 minutos, na Avenida Professor Luísa Chagas, neste Município e comarca de Lorena, **WESLEY BRUNO FLORENTINO GONCALVES**, qualificado às fls. 11/12, **trazia consigo**, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, e para fins de entrega e fornecimento a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, 7 porções de **maconha**, com peso líquido de 18,65 gramas, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 08/09, laudo de constatação de fls. 17/18 e laudo químico toxicológico de fls. 52/54.

Segundo consta, na data supra, anteriormente ao horário acima, policiais militares patrulhavam pelo local dos fatos quando visualizaram o denunciado, que, nesta oportunidade, logrou evadir-se e evitar a abordagem policial.

É dos autos, ainda, que os milicianos retornaram ao sítio dos fatos posteriormente, ocasião em que novamente encontraram o

Acesso ao Sumário

indiciado, o qual mais uma vez tentou, sem êxito, evadir-se.

Alcançado e abordado, em revista, os agentes localizaram inicialmente, no bolso de sua bermuda, a **maconha** acima descrita, além do montante de R$ 204,00, produto de venda anterior de drogas.

Já em solo policial, a polícia civil localizou com o indiciado, no cós de sua bermuda, o valor de R$ 300,00, igualmente produto do narcotráfico.

Assim, considerando a forma de acondicionamento dos entorpecentes em embalagens individualizadas, o que demonstra estarem prontas para a comercialização, o fato de denunciado já ter sido visto no local anteriormente, bem como o expressivo montante apreendido, é força convir que, efetivamente, a droga apreendida destinava-se a entrega e fornecimento a consumo de terceiros."

A condenação era mesmo de rigor e, portanto, deve ser prestigiada a coisa julgada.

A materialidade delitiva restou cabalmente comprovada pelo auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência (fls. 60/62); autos de exibição e apreensão (fls. 65/66), auto de constatação provisória (fls. 75/76); laudo de exame químico-toxicológico (fls. 109/111) e pela prova oral produzida.

O peso líquido das substâncias apreendidas foi indicado no laudo de constatação provisória: 18,65g de *Cannabis sativa*.

A autoria também é inconteste.

A prova foi assim considerada na r. sentença (fls. 37/46):

"A testemunha Lincoln Monteiro Bustamante, policial militar, contou que o local dos fatos se trata do conhecido prédio da "CDHU", cercado por grades, e onde traficantes costumam realizar a venda de entorpecentes. Segundo o depoente, tais criminosos agem lá da seguinte maneira: ficam no interior do prédio e passam a droga pelas referidas grades aos usuários, que permanecem do lado de fora. Assim, quando a polícia se aproxima, avisados por outras pessoas, os criminosos conseguem fugir com facilidade. Conhecendo a dinâmica do narcotráfico operado no local, a testemunha contou que, visando identificar os traficantes que lá atuam, resolveu passar naquele lugar, juntamente com seu companheiro de farsa, mais cedo, ocasião em que avistaram o réu que, como de costume, conseguiu fugir. Mais tarde, contou, retornaram àquele local e, avistando Wesley Bruno, novamente, foram para abordá-lo. Nesta oportunidade, embora tenha o réu tentado fugir, uma vez mais, acabou alcançado por eles. Durante a revista, encontrou com o increpado, sete porções de "maconha", além de dinheiro e um celular. Disse, também, que, na Delegacia, em nova revista, mais dinheiro foi encontrado escondido na bermuda de Wesley. Questionado, confirmou que naquele local funciona uma "biqueira", no estaciona-

mento da "CDHU"."

"A testemunha Gilson Miranda da Silva, também policial militar, depôs em sentido semelhante. Acrescentou dizendo que até então não conhecia o réu."

"(...) o informante judicial, Hélio Teodoro Silva, disse que o réu estava próximo a ele, quando a polícia chegou e o abordou. Questionado, disse que não viu os policiais apreenderem droga e dinheiro com Wesley Bruno. Contou que estava a uns dois metros do local da abordagem. Narrou que conhece o acusado há mais de quatorze anos e que, às vezes, ele o ajudava com o recolhimento de materiais recicláveis. Respondeu que não tem conhecimento se Wesley Bruno é usuário de entorpecentes ou traficante. Afirmou, finalizando, que não viu o acusado vendendo drogas naquele local."

"A, também, informante judicial, Alessandra Thayane de Albuquerque Andrade, disse que estava no local dos fatos quando Wesley Bruno foi abordado pelos policiais. Contou que o réu estava sentando e, com a aproximação dos milicianos, ele correu juntamente com outras pessoas, que ela tem conhecimento que vendem drogas naquele local. Por fim, declarou que o réu é usuário de entorpecentes."

"O acusado, por sua vez, em sua autodefesa, afirmou estava no local dos fatos com outras pessoas, inclusive, tinham uma "molecada do lado". Contou que, com a chegada dos policiais, "os moleques" levantaram e saíram correndo, quando, então, levantou-se e saiu andando, parando próximo do Sr. Hélio. Afirmou que disse para os policiais que tinha "maconha", para uso próprio, e dinheiro em seu bolso. Questionado, disse que, em nenhum momento, tentou fugir daquele local, seja quando foi abordado pelos milicianos, seja anteriormente quando aqueles somente passaram por aquele lugar. Quanto à origem dos valores apreendidos e do entorpecente, disse que recebeu o dinheiro de sua avó e do Sr. Hélio e que, de fato, havia comprado as setes porções de "maconha" para o seu uso. Indagado sobre a versão diversa apresentada em sede policial, disse que tinha sido orientado pela advogada, constituída por ele, para apresentar aquela narrativa. Contou que tinha "seda" (papel para utilizar a "maconha") e "bic" (equipamento para guardar e "dechavar" aquele tipo de droga, facilitando o uso), mas, durante a apreensão, os policiais deixaram aqueles objetos no local, não os levando para a delegacia. Disse, por fim, que estava com todo aquele dinheiro na rua porque morava próximo do local."

Como se observa da prova oral colhida e do exame dos autos originários, a versão do acusado restou isolada, mormente em razão dos uníssonos e consistentes depoimentos dos policiais militares, os quais deram conta da autoria e da materialidade delitivas.

Consequentemente, não há como se desconstituir o julgado prolatado e mantido em Segunda Instância, proferido com fundamento em robusta prova,

Acesso ao Sumário

considerando o depoimento dos policiais. Os agentes públicos relataram, no inquérito e em juízo, que diante da notícia que ocorria a prática de tráfico de drogas, dirigiram-se ao local, a fim de identificar os traficantes. Nessa oportunidade, depararam-se com o peticionário, que tentou empreendeu fuga ao notar a presença policial. Realizada a abordagem, em sua posse foram localizadas sete porções de maconha e a quantia de R$ 204,00. Na Delegacia de Polícia, feita busca minuciosa foram encontrados na bermuda mais R$ 300,00.

Registre-se que na fase policial, o peticionário alegou ter comprado apenas três porções de maconha, desconhecendo o restante das drogas apresentadas. Além disso, afirmou que estava na posse de R$ 250,00, que ganhara de sua avó, e entregou uma nota de R$ 100,00 para a aquisição das três porções de droga. O traficante viu que tinha outras notas de dinheiro e pediu para trocá-las, mas no momento em que realizavam a troca, a Polícia Militar chegou e acabou não conferindo o dinheiro que recebera. Naquela ocasião, nada mencionou sobre ter recebido qualquer quantia de Helio. Em Juízo, admitiu a propriedade das sete porções, as quais seriam destinadas ao seu consumo pessoal. Quanto ao dinheiro, alegou que recebera o dinheiro da sua avó, que não foi arrolada como testemunha de Defesa, e de Helio. No entanto, Helio, ao ser ouvido em Juízo disse estava a cerca de dois metros de distância de onde o peticionário foi abordado e não viu os policiais apreenderem dinheiro ou droga. Não confirmou ter entregado dinheiro ao peticionário.

Destarte, a prova dos autos não deixa dúvidas acerca da prática do delito de tráfico de drogas, uma vez que o peticionário foi visto momentos antes no local conhecido como ponto de venda de drogas, sendo mais tarde abordado no mesmo local, na posse de drogas e de R$ 504,00, dinheiro sem comprovação de origem lícita Não há, pois, que se falar em desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, mesmo porque "*...a mera condição de usuário ou dependente, por si só, não possui o condão de excluir a culpabilidade pelo narcotráfico, porquanto, em muitos dos casos, os usuários se valem dessa mercancia ilícita para provar o sustento do próprio vício, de tal forma, que uma conduta nem sempre pode excluir a outra.* (TJSP, AC nº 0000318-44.2016.8.26.0544, Rel. Des. França Carvalho, j. 05/04/2018).

Inviável, ainda, a aplicação do princípio da insignificância. Vale ressaltar que referida tese veio somente ser sustentada nessa ação revisional. Não bastasse, tratando-se de crime de perigo abstrato, não se aplica o princípio da insignificância, independentemente da quantidade de droga apreendida. Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

> I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.
>
> **II - Não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para, esse específico fim, a quantidade de droga apreendida Precedentes.** (destaquei) Agravo regimental desprovido." (AgRg no RHC n. 163.579/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 29/6/2022.)

Não se pode olvidar que não se está julgando nova apelação, mas uma ação rescisória penal baseada em suposta prolação de acórdão contra a evidência dos autos, situação que não se verifica no presente processo penal.

Por fim, observo que não houve insurgência quanto às penas impostas.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, no mérito, **JULGA-SE 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 2132863-17.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.117)**

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, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 4.929, de 29 de setembro de 2021, do Município de Guarujá, de iniciativa parlamentar – Instituição da Semana da Vaquejada no calendário oficial do Município, para realização de evento cultural nordestino – Alegação de violação aos arts. 144 e 193, inciso X, da CE, por permitir evento que proporciona sofrimento físico e psíquico aos animais – Art. 193, inciso X, da CF que reproduz o que prevê o art. 225, § 1º, inciso VII, da CF – Lei local que não somente cria data comemorativa, mas chancela a realização do evento,

devendo assim ser analisada – Superveniência da Lei Federal nº 13.364/2016 e da EC nº 96/2017, que modificou o tratamento constitucional conferido à vaquejada – Ausência de inconstitucionalidade quanto à permissão do evento – Necessidade, contudo, de observância dos requisitos previstos pelo § 7º do art. 225 da CF – Inexistência, no âmbito local e estadual, de lei específica que discipline a vaquejada – Lei Federal nº 13.873/2019 que, ao inserir o art. 3º-B na Lei Federal nº 13.364/2016 criou padrões mínimos de garantia ao bem-estar animal e delegou a regulamentação da prática a associações ou entidades legais reconhecidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – Eficácia da norma, no que diz respeito à efetiva realização do evento, que fica condicionada à observação das disposições da lei nacional supracitada – Pedido julgado improcedente, com observação.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.929, de 29 de setembro de 2021, do Município de Guarujá, que *"institui no calendário oficial do Município de Guarujá a semana da vaquejada para a realização de evento cultural nordestino, e dá outras providências"*.

O autor sustentou, em síntese, que a norma combatida passou a permitir evento que proporciona sofrimento físico e psíquico aos animais, violando o artigo 193, inciso X, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma legal.

Não houve pedido de medida liminar.

O Prefeito do Município de Guarujá apresentou informações às fls. 161/169, e o Presidente da Câmara Municipal às fls. 172/182.

A D. Procuradoria Geral do Estado não apresentou manifestação (fls. 157).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opinou pela procedência do pedido (fls. 189/199).

É o relatório.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade que visa a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.929, de 29 de setembro de 2021, do Município de Guarujá, que *"Institui no Calendário Oficial do Município de Guarujá a se-*

Acesso ao Sumário

mana da vaquejada, para realização de evento cultural nordestino, e dá outras providências", dispondo:

Art. 1º – Fica instituído, no calendário oficial do município de Guarujá, a semana da vaquejada, para realização de evento cultural nordestino a ser comemorado anualmente no mês de outubro.

Art. 2º – O evento de que trata esta Lei tem como finalidade o enaltecimento da atividade cultural imaterial no município, sua valorização e difusão.

Art. 3º – A semana da vaquejada, para realização de evento cultural nordestino a ser comemorado anualmente no mês de outubro, passará a constar do Calendário Oficial de Eventos e Datas do Município de Guarujá, Lei 4.164 de 22 de outubro de2014, sendo incluída no anexo II da referida Lei.

Art. 4º – As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 5º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O autor sustenta que a lei impugnada, ao instituir a semana da vaquejada no Município, passou a permitir evento que proporciona sofrimento físico e psíquico aos animais, o que a torna incompatível com a Constituição do Estado de São Paulo, uma vez que viola o art. 193, inciso X, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do disposto no art. 144 do mesmo diploma legal.

O mencionado art. 193, inciso X, da Constituição Bandeirante estabelece:

Artigo 193 – O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de:

[...]

X – proteger a flora e a fauna, nesta compreendidos todos os animais silvestres, exóticos e domésticos, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, fiscalizando a extração, produção, criação, métodos de abate, transporte, comercialização e consumo de seus espécimes e subprodutos;

[...]

Tal dispositivo reproduz o que prevê o art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder

Acesso ao Sumário

Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Pois bem.

De início, consigno que referida lei não meramente institui semana comemorativa da prática cultural em questão, mas verdadeiramente chancela a realização do evento, ao criar período específico destinado à *"realização de evento cultural nordestino a ser comemorado anualmente no mês de outubro"* (art. 1º). Logo, o diploma comporta controle de constitucionalidade sob esse prisma.

Anoto que a referida natureza autorizativa não é alterada pelo fato de o Projeto de Lei nº 168/2021, que dispunha sobre normas para a realização do evento, ter sido objeto de veto pelo Chefe do Executivo. O projeto possuía relação de complementariedade com a lei local objurgada, o que não desnatura a permissão nela contida.

Superado esse óbice, a fim de elucidar a questão suscitada nos autos, relevante tecer comentários acerca do ordenamento jurídico quanto à (in)constitucionalidade das práticas de atividades culturais que, por outro lado, geram sofrimento aos animais.

Conforme mencionado alhures, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 225, a proteção da fauna e da flora como modo de efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecendo no § 1º, inciso VII, que incumbe ao Poder Público *"proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"*.

A proteção ao meio ambiente reflete *"direito fundamental de terceira geração, fundamentado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado de 'altíssimo teor de humanismo e universalidade' (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523)"*[1].

No que diz respeito à proteção animal, merece destaque a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, que lecionam:

"Da mesma forma, uma ética e uma responsabilidade jurídica para com a vida não humana revela-se especialmente impactante no que diz respeito a nossa atitude em relação à vida selvagem e à caça, o uso de peles, a utilização de animais como diversão em circos, rodeios e jardins zoológicos, entre outras formas de se considerar a vida animal não humana como simples meio ou mero objeto à disposição da vontade do ser humano, e não como um fim em si mesma. A consagração de um status moral dos animais sensitivos não huma-

1 *ADI 4983, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017*

Acesso ao Sumário

nos, que passam, nesse sentido, a integrar uma comunidade moral partilhada com os seres humanos, constitui certamente um possível fundamento para o reconhecimento da dignidade do animal não humano." (Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer. Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, livro eletrônico)

Nesse contexto, em sessão ocorrida aos 06.10.2016, o E. Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 4983, declarando inconstitucional a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, em acórdão assim ementado:

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (ADI 4983, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017)

Diante da colisão de normas constitucionais sobre direitos fundamentais, encontrando-se de um lado a proibição de práticas que submetam os animais à crueldade (art. 215, § 1º, VII), e, de outro, a garantia ao pleno exercício dos direitos culturais, determinando que o Estado proteja as manifestações das culturas populares (art. 215, *caput* e § 1º), ponderou-se, no caso, por privilegiar a proteção ao meio ambiente.

Acesso ao Sumário

Ocorre que, pouco tempo depois, em 30.11.2016, foi publicada a Lei Federal nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, cuja redação original do art. 1º estabelecia: *"Esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial"*.

No ano seguinte, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017, que acrescentou o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, cuja redação dispõe: *"Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante*

do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos".

Dentro desses parâmetros, considerando os termos da Lei Federal nº 13.364/2016, bem como o disposto no art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo e o decidido no julgamento do Tema 484 do Supremo Tribunal Federal (RE 650898 RS), no sentido de que os *"Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados"*, não se verifica inconstitucionalidade na prática da vaquejada, ressalvado o posicionamento pessoal desta Relatora.

Não se ignora o relevante debate jurídico quanto ao tema, bem como a pendência de julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal das ADIs 5772 e 5728, que questionam a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2016, bem como das expressões "vaquejada", constante dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 13.364/2016, e "as vaquejadas", presente no art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.203/2001; todavia, não há qualquer determinação de suspensão dos referidos dispositivos legais, razão pela qual tais normas permanecem hígidas.

Salienta-se, ademais, que o E. Supremo Tribunal Federal tem entendido pela perda do objeto das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de leis estaduais que autorizavam a vaquejada, sob o fundamento de que *"Mediante ato do poder constituinte derivado, modificou-se, de forma substancial, o tratamento constitucionalmente conferido à vaquejada, ficando prejudicada a análise desta ação, observada a jurisprudência do Supremo"* (ADI 5713, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 02.03.2018, publicação em 08.03.2018).

Assim sendo, não há inconstitucionalidade na lei local contestada, na esteira da vigente redação da Carta Magna; contudo, cabe tecer considerações acerca de sua eficácia.

Para que as práticas desportivas que envolvam animais sejam albergadas pelo § 7º do art. 225 da Constituição Federal, é necessário o preenchimento de três requisitos: a) classificação como manifestações culturais, conforme § 1º do art. 215 da CF; b) registro como bem de natureza imaterial do patrimônio cultural brasileiro; c) existência de lei específica disciplinando-a, de modo a garantir o bem-estar animal.

As duas primeiras exigências se fazem presentes, porém, no Município de Guarujá, por força do veto ao Projeto de Lei nº 168/2021, não há norma específica que discipline a vaquejada. Tampouco há legislação estadual que possa suprir tal lacuna (noto que a Lei Estadual nº 10.359/1999 versa apenas sobre rodeios).

Todavia, posteriormente à discutida emenda constitucional foi promulgada a Lei Federal nº 13.873/2019, que incluiu o art. 3º-B na Lei Federal nº

Acesso ao Sumário

13.364/2016, o qual, além de prever requisitos mínimos para o bem-estar dos animais, dispôs que *"Serão aprovados regulamentos específicos para o rodeio, a vaquejada, o laço e as modalidades esportivas equestres por suas respectivas associações ou entidades legais reconhecidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento"*.

Logo, a eficácia da norma, no que tange à efetiva realização do evento, fica condicionada à observância da lei nacional supracitada.

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2222714-67.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GARULHOS.

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 37.227)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal de Guarulhos n.º 8.022/22, que torna obrigatório o ensino sobre a Lei Maria da Penha nas escolas municipais. Texto impugnado que dispõe sobre diretrizes e bases da educação. Competência privativa da União. Inteligência do art. 22, inc. XXIV, da CF. Parâmetro de constitucionalidade que deve ser admitido consoante a inteligência do art. 144

Acesso ao Sumário

da CE. Inconstitucionalidade formal. Ademais, texto que interfere em critérios de conveniência e oportunidade e determinam a forma de execução da política pública. Violação à reserva da Administração. Exegese do art. 47, inc. II, da CE. Doutrina. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Pedido procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade (fls. 1/11) proposta pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS contra a Lei Municipal n.º 8.022/22, que torna obrigatório o ensino sobre a Lei Maria da Penha nas escolas municipais.

O Autor sustenta seu pedido nos arts. 5º, 47, inc. II, XIV e XIX, *a*, e 144 da Constituição Estadual, segundo o qual os Municípios devem atender os princípios constitucionais, afirmando que: **(i)** a lei usurpa a competência da privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, inc. XXIV); **(ii)** não bastasse, a lei interfere na administração superior do alcaide, sendo certo que a matéria é de iniciativa reservada do Poder Executivo; **(iii)** houve violação ao princípio da separação de Poderes. Assim, requer a suspensão da lei impugnada e, ao final, a procedência do pedido para declarar a sua inconstitucionalidade.

Foi concedida a tutela provisória para suspender a lei impugnada (fls. 35/36).

Foram prestadas informações (fls. 45/58), sustentando: **(i)** não há inconstitucionalidade formal; **(ii)** "o projeto de lei que a originou insere-se na esfera da iniciativa geral conferida a qualquer Vereador do Município de Guarulhos"; **(iii)** também não há violação à reserva da Administração, pois o texto não interfere na administração superior ou em quaisquer outros atos do alcaide; **(iv)** não bastasse, não dispõe sobre a estrutura ou a atribuição dos órgãos da Administração; **(v)** a inexistência de dotação orçamentária somente conduz à ineficácia do texto no respectivo exercício financeiro; **(vi)** não houve irregularidade no processo legislativo.

A D. Procuradoria Geral do Estado não se manifestou (fl. 61).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela procedência do pedido (fls. 65/71).

É o relatório.

A hipótese é de ADI proposta contra a Lei Municipal de Guarulhos n.º 8.022/22, que torna obrigatório o ensino sobre a Lei Maria da Penha nas escolas municipais.

Acesso ao Sumário

O texto tem a seguinte redação:

"Art. 1º Torna-se obrigatório, nos estabelecimentos de ensino próprios e conveniados com a Prefeitura, o ensino de noções básicas sobre a Lei Federal n.º 11.340/2016, a Lei Maria da Penha.

Art. 2º Esse ensino será ministrado em todo o currículo escolar, e terá como objetivos:

I – contribuir para o conhecimento, no âmbito das comunidades escolares, da Lei n.º 11.340/2006, a Lei Maria da Penha;

II – impulsionar a reflexão crítica, entre estudantes, professores e comunidade escolar, sobre a violência contra a mulher;

III – abordar a necessidade do registro, nos órgãos competentes, das denúncias dos casos de violência contra a mulher, bem como da adoção das medidas protetivas previstas na Lei Federal n.º 11.340/2016;

IV – promover a igualdade, prevenindo e evitando, dessa forma, as práticas de violência contra a mulher.

Art. 3º O ensino será desenvolvido:

I – ao longo de todo o ano letivo;

II – no dia 08 de março (Dia Internacional da Mulher), ou no dia letivo anterior, caso por algum motivo esse dia não seja dia letivo, anualmente, uma programação ampliada e específica em alusão à data e sobre os direitos da mulher;

III – em agosto, mês em que foi promulgada a Lei Maria da Penha, uma programação específica sobre o tema abordado por esta Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário." (fls. 29/30)

Da inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito da Justiça Estadual, é proposta contra lei ou ato normativo estadual ou municipal para contestá-las em face da Constituição Estadual ou em razão da omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio constitucional, nos termos do art. 90, *caput*, da CE.

Acesso ao Sumário

Segundo a doutrina, "é ação em que não se tem caso concreto, julgamento de litígio e coisa julgada material *inter partes*. Constitui, como visto, ação voltada unicamente à análise de pedido de inconstitucionalidade, que deve ser feita em abstrato, tendo a sua sentença efeitos *erga omnes*, precisamente porque a constitucionalidade da norma diz respeito a todos e não a 'partes'" (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, livro eletrônico).

Ainda segundo a doutrina, "é ação que visa a declarar inconstitucional, lei ou ato normativo federal ou estadual (no todo ou em parte), que tenha sido editado posteriormente à entrada em vigor da CF e, em face dessa, contestado" (Georges Abboud. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Thom-

son Reuters, 2021, livro eletrônico).

Ademais, "a ADIn também pode ser usada para se extirpar, em abstrato, uma variante jurisprudencial interpretativa de uma lei por meio da arguição de nulidade sem redução de texto, ou, então, estabelecer como constitucionalmente adequada uma variante interpretativa mediante a interpretação conforme à Constituição" (idem).

No caso dos autos, a ADI foi proposta contra a Lei Municipal de Guarulhos n.º 8.022/22, que torna obrigatório o ensino sobre a Lei Maria da Penha nas escolas municipais.

Pois bem. O alcaide sustenta que a lei usurpa a competência da privativa da União, bem como que a matéria é de iniciativa reservada do Poder Executivo e que haveria violação ao princípio constitucional da separação de Poderes.

Da usurpação de competência.

A lei usurpa a competência da privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, inc. XXIV), parâmetro de constitucionalidade que deve ser admitido consoante a inteligência do art. 144 da CE.

Nesse sentido, o entendimento do C. STF, no julgamento do RE 650.898-RS, com repercussão geral, segundo o qual os "**Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal**, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados" (Tema n.º 484, destacou-se).

Também, os seguintes precedentes:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) **Aplicabilidade do Tema 484. O Supremo Tribunal Federal, através de repercussão geral, já decidiu que os 'Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados'.** A disciplina da segurança pública, prevista no artigo 144 da Constituição Federal trata de norma de observância obrigatória. Perfeitamente possível a apreciação da matéria à luz da Constituição Federal nesta sede. (...)"

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2283675-08.2021.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, unânime, j. 15.06.22, destacou-se)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) **PACTO FEDERATIVO – Constituição Federal que expressamente reservou para a União a competência para legislar sobre normas gerais de licitações (artigos 22, inciso XVII e 37, inciso XXI), cuja tutela pode ser exercida diretamente pelos Tribunais de Justiça (Tema 484 em repercussão geral no S.T.F.)** – Situação que a inversão proposta pelo município implica em vulneração, também, dos princípios da impessoa-

Acesso ao Sumário

lidade, finalidade e igualdade estabelecidos nos artigos 111 e 117 da Constituição Bandeirante, de remissão obrigatória aos Municípios (artigo 144) – Precedentes do Órgão Especial do TJSP (...)"

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2125913-60.2020.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, unânime, j. 17.02.21, destacou-se)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) **I. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE PARAMETRICIDADE E DE INCOMPETÊNCIA DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – Tese n. 484, primeira parte, repercussão geral – Competência dos Tribunais de Justiça para o controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2178862-95.2019.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, unânime, j. 12.02.20, destacou-se)

Ainda, ADI 2269817-07.2021.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, unânime, j. 11.05.22, ADI 2172146-81.2021.8.26.0000, Rel. Des. Matheus Fontes, unânime, j. 20.04.22, ADI 2209818-26.2021.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, unânime, j. 23.02.22, ADI 2087225-29.2020.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, ADI 2006149-80.2020.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, unânime, j. 15.07.20, ADI 2182765-41.2019.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, unânime, j. 29.01.20, ADI 2257504-19.2018.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, unânime, j. 22.05.19, ADI 139555-18.2012.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, unânime, j. 13.02.19, ADI 2179877-70.2017.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Rui, unânime, j. 14.03.18, e ADI 0014607-04.2012.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 21.02.18.

Não bastasse, "a Lei Federal nº 14.164/2021, que acrescentou dispositivos à Lei Federal nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), inseriu conteúdos de prevenção contra a criança, o adolescente e à mulher, no currículo do Ensino Fundamental (art. 1º), além de Semana Escolar dedicada ao tema, no mês de março de cada ano (art. 2º)" (fl. 70, destacou-se).

Nesta medida, deve-se "evitar um paralelismo legiferante que culmine com insegurança jurídica" (STF, Pleno, ADI 2.487-SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, j. 30.08.07, destacou-se).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, STF, Pleno, ADI 3.559-RS, Rel. Min. Edson Fachin, maioria, j. 16.09.20, Pleno, ADI 1.862-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, maioria, j. 13.03.20, Pleno, ADI 5.307-DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, unânime, j. 11.10.18, e Pleno, ADI 2.609-RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 07.10.15.

Assim, deve ser declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Guarulhos n.º 8.022/22.

Nesse sentido, os precedentes deste Relator, ADI 2021862-27.2022.8.26.0000, maioria, j. 24.08.22, e os seguintes:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar Municipal n. 183, de 2 de abril de 2012, que 'institui o Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos do quadro do magistério público municipal de Embu das Artes e dá ouras providências', com as alterações trazidas pelas Leis Complementares Municipais n. 227/13, 252/14 e 304/16. (...) **VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. Funções inerentes ao sistema público de ensino. Competência federal para a matéria, que já foi exercida mediante a edição da Lei de Diretrizes e Bases, que determinou o provimento efetivo para os cargos. Desrespeito aos artigos 22, inciso XXIV, da Constituição Federal e 144 da Constituição Estadual.** (...) Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos e observação."

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2222232-90.2020.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, unânime, j. 31.08.22, destacou-se)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 12.348, de 18 de agosto de 2021, do Município de Sorocaba, que 'dispõe sobre a instituição do ensino domiciliar no âmbito da educação básica do município de Sorocaba'. (...) **Alegação de ofensa ao princípio do pacto federativo. Reconhecimento. Competência para legislar sobre 'diretrizes e bases da educação nacional' que é exclusiva da União, nos termos do art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade manifesta.** Posicionamento alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido: (a) de que, embora o ensino domiciliar não seja vedado constitucionalmente, sua criação deve ser dar 'por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional' (Tema 822); e (b) de que é inconstitucional ato normativo estadual (ou municipal) 'no qual se disciplinam aspectos pertinentes à legislação sobre diretrizes e bases da educação nacional por usurpação de competência legislativa privativa da União' (ADI 5091, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. 27/09/2019). Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente."

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2200312-26.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, unânime, j. 20.04.22, destacou-se)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 5.447, de 18.02.19, de autoria parlamentar, dispondo sobre as diretrizes de alimentação saudável junto às escolas do Município de Mauá. (...) Art. 5º. **Dispositivo disciplinando conteúdo pedagógico. Violação ao pacto federativo. Ocorrência. Inviável norma local legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Competência da União (art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal). Precedentes.** Ação procedente, em parte."

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2297877-24.2020.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 20.10.21, destacou-se)

Também, ADI 2001942-38.2020.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi,

Acesso ao Sumário

unânime, j. 03.02.21, ADI 2246424-58.2018.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, unânime, j. 08.05.19, ADI 2085589-96.2018.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, unânime, j. 31.10.18, e ADI 2090306-54.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, unânime, j. 24.10.18.

Pedido procedente, neste ponto.

Do vício de iniciativa.

Além da usurpação de competência, em reforço, "é preciso verificar se tal ato normativo viola o princípio da reserva da administração" (TJSP, Órgão Especial, ADI 2279460-86.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, unânime, j. 17.08.22, destacou-se).

Nesta medida, verifica-se que o texto impugnado supera o caráter autorizativo para instituir indevida subordinação do alcaide, o que também permite concluir pela sua inconstitucionalidade.

Sobre o tema, a lição de Hely Lopes Meirelles:

"(...) a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. **Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regra para a Administração; a Prefeitura a executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos.** O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. **Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante.**"

(Hely Lopes Meirelles. *Direito municipal brasileiro*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 708)

Ora, a lei interfere em critérios de conveniência e oportunidade ao impor a forma de execução da política pública (CE, art. 47, inc. II), na medida em que torna obrigatório o ensino e determina seu desenvolvimento "ao longo de todo o ano letivo; (...) no dia 08 de março (Dia Internacional da Mulher) (...) uma programação ampliada e específica em alusão à data e sobre os direitos da mulher; [e] em agosto, mês em que foi promulgada a Lei Maria da Penha, uma programação específica sobre o tema abordado por esta Lei" (fl. 29).

Assim, também aqui declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Guarulhos n.º 8.022/22.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.377, de 05 de janeiro de 2022, do Município de Itatinga, de iniciativa parlamentar e com integral veto do Prefeito, que estabeleceu a inclusão de disciplina 'Educação Ambiental Humanitária em Bem-Estar Animal' na grade curricular da rede de ensino fundamental do Município – Alegação de usurpa-

ção da competência privativa do Poder Executivo, violando a separação os poderes – **VÍCIO DE INICIATIVA – Projeto apresentado por parlamentar direcionado à obrigatoriedade do Poder Executivo incluir matéria na grade curricular do ensino fundamental da rede pública, bem como o de firmar convênios com entidades não governamentais para a capacitação dos professores – Nítida ingerência sobre a forma de administração escolar e proposta curricular interdisciplinar que é de responsabilidade do Poder Executivo** – Lei Federal nº 9.795/99, que estabelece a Política Nacional de Educação Ambiental, que não explicita como se dará na prática a abordagem dessa temática, não abrindo espaço para o Poder Legislativo local atuar de forma concorrente – Ofensa aos artigos 5º; 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a'; e 144 da Constituição Estadual – Precedente deste Órgão Especial – Ação julgada procedente."

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2004348-61.2022.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, unânime, j. 18.05.22, destacou-se)

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 6.217, de 20 de outubro de 2021, do Município de Catanduva, de iniciativa parlamentar, que Cria o Programa 'Horta nas Escolas – Educar para a Sustentabilidade', com o objetivo de desenvolver ações para institucionalizar a instalação e manutenção de hortas nas dependências das escolas municipais – **Alegação de vício de iniciativa e violação do princípio da tripartição dos poderes – Reconhecimento – Lei impugnada que cria atribuições à Secretaria da Educação e à Secretaria do Meio Ambiente, órgãos do Poder Executivo – Violação aos artigos 5º e 47, incisos II, XIV, XIX, da Constituição Estadual – Vício de inconstitucionalidade que se verifica – Precedentes** – Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional, na íntegra, a lei local vergastada."

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2276024-22.2021.8.26.0000, Rel. Des. Luciana Bresciani, unânime, j. 18.05.22, destacou-se)

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Prefeito do Município de Mauá que questiona a Lei Municipal nº 5.671, de 17 de maio de 2021, que 'inclui no currículo escolar aulas de educação ambiental e de posse responsável de animais na rede de ensino municipal de Mauá, e dá outras providências'. **Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Separação de Poderes. Matéria que se insere no âmbito da chamada 'reserva de Administração'.** Ação direta julgada procedente, com efeitos ex tunc."

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2158666-36.2021.8.26.0000, Rel. Des. Fábio Gouvêa, unânime, j. 09.03.22, destacou-se)

Também, ADI 2297409-60.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, unânime, j. 04.08.21, ADI 2300729-21.2020.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, unânime, j. 14.07.21, ADI 2213880-46.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, unânime, j. 19.05.21, ADI 2119306-31.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, unânime, j. 03.03.21, ADI 2174612-58.2015.8.26.0000, Rel. Des.

Acesso ao Sumário

Evaristo dos Santos, unânime, j. 27.01.16, e ADI 2186885-06.2014.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, unânime, j. 25.03.15.

No mesmo sentido, os precedentes deste Relator, ADI 2110518-57.2022.8.26.0000, unânime, j. 05.10.22, e outros análogos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.899, de 28 de abril de 2022, do Município de Andradina, de iniciativa parlamentar com integral veto do Prefeito, que autoriza a criação do programa 'Carreto do Bem', voltado para substituição da tração humana/animal das carroças utilizadas por catadores de material reciclável – Alegação de usurpação da competência privativa do Poder Executivo, violando a separação os poderes – RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – **Projeto apresentado por parlamentar direcionado a obrigar o Poder Executivo a implementar política pública voltada para os catadores de material reciclável – Lei que não se resume a apenas autorizar o início de estudos do programa, mas desde logo fixando comissão e os seus integrantes, com conclusão de transição para veículo motorizado sem considerar outras alternativas, retirando a conveniência e oportunidade do Poder Executivo para estabelecer o perfil da equipe multidisciplinar e os atores sociais a serem ouvidos** – Impossibilidade do Poder Legislativo, ainda que no exercício da competência concorrente, adentrar em matéria de gestão administrativa, de iniciativa privativa do Poder Executivo – Ofensa aos artigos 5º; 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a'; e 144 da Constituição Estadual – REGULAMENTAÇÃO – **Determinação no artigo 3º da referida Lei da sua regulamentação pelo Poder Executivo no prazo máximo de 90 dias – Ausência de hierarquia entre os Poderes – Inconstitucionalidade verificada nesse dispositivo – Precedentes deste Órgão Especial** – Ação julgada procedente.

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2110525-49.2022.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, unânime, j. 24.08.22, destacou-se)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 10.344, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ/SP, QUE 'DISPÕE SOBRE PROGRAMA DE DISTRIBUIÇÃO DE RAÇÃO AOS ANIMAIS EM VIRTUDE DA PANDEMIA OCASIONADA PELA COVID-19, DE QUE TRATA A LEI FEDERAL Nº 13.979 DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 E O DECRETO MUNICIPAL Nº 17322/2020, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' (...) – **DISPOSIÇÕES DOS ARTIGOS 2º, 4º E 5º, PORÉM, QUE INGRESSAM NO CAMPO DA RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – INVIÁVEL A INSTITUIÇÃO DA FORMA DE CUMPRIMENTO OU EXECUÇÃO DO PROGRAMA CRIADO** – AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA QUE, POR SI SÓ, NÃO TEM O CONDÃO DE ATRIBUIR INCONSTITUCIONALIDADE À LEI – PRECEDENTES DO C. STF (...)"

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2012462-23.2021.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, unânime, j. 04.05.22, destacou-se)

Também, ADI 2060756-72.2022.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi,

Acesso ao Sumário

unânime, j. 10.08.22, ADI 2004925-39.2022.8.26.0000, Rel. Des. Aroldo Viotti, unânime, j. 10.08.22, ADI 2097849-69.2022.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, unânime, j. 10.08.22, ADI 2031974-55.2022.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 03.08.22, ADI 2295707-45.2021.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, unânime, j. 27.07.22, ADI 2245585-28.2021.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, unânime, j. 15.06.22, ADI 2016157-48.2022.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, unânime, j. 15.06.22, ADI 2207614-09.2021.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, unânime, j. 16.03.22, ADI 2232510-19.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, unânime, j. 16.03.22, e ADI 2231994-96.2021.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, unânime, j. 09.03.22, em casos análogos.

Pedido procedente, também neste ponto.

Diante do exposto, julga-se procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Guarulhos n.º 8.022/22.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2218835-52.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO RIO PARDO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DO RIO PARDO.

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 50.090)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Prefeito do Município de Santa Cruz do Rio Pardo que questiona Emenda à Lei Orgânica do Município. Previsão de realização de audiência pública de prestação de contas do Poder Executivo na Câmara Municipal. Violação ao princípio da separação de poderes e da reserva de Administração. Ofensa aos arts. 5º e 47, II e XIX, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios em razão do art. 144 da CE. Necessidade de observância dos parâmetros estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta ajuizada pelo Prefeito do Município de Santa Cruz do Rio Pardo, na qual pretende a declaração de inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 67/2022, que "altera a redação do artigo 14-A e inclui seus parágrafos na Lei Orgânica do Município de Santa Cruz do Rio Pardo".

Alega o alcaide, em suma, que referida emenda à Lei Orgânica Municipal padece de vício material, pois, ao impor a obrigação do Poder Executivo em realizar audiências públicas na sede da Câmara Municipal, viola os princípios da separação de poderes e da reserva da administração, afrontando, assim, o disposto nos arts. 2º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal e arts. 5º, 47, II, XI, XIV, 111 e 114 da Constituição Estadual.

Pela decisão de fls. 113/114, deferi a liminar para suspender a eficácia da Emenda à Lei Orgânica Municipal nº 67/2022.

Informações do Presidente da Câmara de Santa Cruz do Rio Pardo, defendendo a constitucionalidade da norma e pugnando pela improcedência da ação (fls. 118/122).

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, mas não se manifestou (fl. 149).

Parecer do douto Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, opinando pela procedência parcial da ação, para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão "Executivo e" do *caput* e dos parágrafos 2º e 3º do art. 14-A da Lei Orgânica Municipal, na redação dada pela Emenda nº 67/2022.

É o relatório.

A ação direta deve ser julgada parcialmente procedente.

Anoto que cumpre ao Tribunal de Justiça realizar o controle de consti-

tucionalidade de leis ou atos normativos municipais tendo por parâmetro de controle a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF-88), e, eventualmente, como já assentado pelo Egrégio STF, normas da Constituição Federal que sejam consideradas de "reprodução obrigatória" pelo constituinte estadual, como é o caso daquelas que regem as competências dos entes federativos e o processo legislativo.

As normas questionadas em fiscalização abstrata de constitucionalidade têm o seguinte teor:

> Artigo 1º. Fica alterado o artigo 14-A e incluído os seus parágrafos na Lei Orgânica do Município, com as seguintes alterações:
>
> "Artigo 14-A – A sede da Câmara Municipal é o local oficial para realização de audiências públicas municipais dos Poderes Executivo e Legislativo, observado o disposto no artigo 35, inciso XXII, desta Lei Orgânica.
>
> § 1º – Audiência pública é um mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais e/ou prestar esclarecimentos e informações à sociedade.
>
> § 2º – O mandamento previsto no caput, em relação ao Poder Executivo, refere-se às audiências públicas municipais relativas à obrigação constitucional de prestação de contas por parte do Poder Executivo ao Poder Legislativo.
>
> § 3º – O Poder Executivo poderá realizar audiência pública, com outras pautas, em local diverso, desde que a reunião tenha por objetivo auscultar a opinião pública, em um contexto de public hearing, em que se abre espaço à oitiva e participação da sociedade civil para fins de decidir sobre a adoção de políticas governamentais."
>
> Artigo 2º – Esta Emenda à Lei Orgânica do Município entra em vigor na data de sua publicação.

A questão ora posta em análise é a possibilidade de se fixar a Câmara Municipal como local oficial de realização de audiência pública do Poder Executivo quando da prestação de contas ao Poder Legislativo, conforme previsto na nova redação dada ao art. 14-A, § 2º, da Lei Orgânica, pela Emenda à Lei Orgânica do Município nº 67/2022.

No caso, observo que o assunto restou recentemente discutido por este C. Órgão Especial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007342-96.2021.8.26.0000, também do Município de Santa Cruz do Rio Pardo, com a seguinte ementa:

> *"Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação da expressão "Poder Executivo e" do artigo 1º da Emenda à Lei Orgânica nº 60, de 31 de março de 2020, do Município de Santa Cruz do Rio Pardo –* ***Instituição da sede da Câmara Municipal como local oficial para a realização de***

Acesso ao Sumário

audiências públicas do Poder Executivo – Impossibilidade de tal imposição *– Matéria relacionada à gestão administrativa* ***– Violação aos princípios da reserva da Administração e da separação de poderes*** – Ação procedente." (Rel. Des. Dr. Ademir Benedito, j. em 16/02/2022, grifei).

Após referida decisão, houve nova emenda à Lei Orgânica do Município, fixando a Câmara Municipal somente como local para a audiência pública de prestação de contas pelo Poder Executivo. Contra referida emenda, é que se volta a presente ação.

Destaco que, embora seja dever do Poder Executivo municipal a prestação de contas, financeira e orçamentária, tal imposição não pode se distanciar do parâmetro constitucional estabelecido aos chefes dos Poderes Executivos da União e dos Estados.

Quanto ao tema, a Constituição Federal prescreve, em seu art. 49, inc. IX, que é competência exclusiva do Congresso Nacional o julgamento anual das contas prestadas pelo Presidente da República, controle que é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 71, I e II, da CF. Com relação aos Municípios, nos termos do art. 31, a Constituição dispõe que a fiscalização será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo e "auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver".

Por sua vez, no âmbito estadual, o art. 150 da Constituição Bandeirante prevê que:

"A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município e de todas as entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, finalidade, motivação, moralidade, publicidade e interesse público, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno de cada Poder, na forma da respectiva lei orgânica, em conformidade com o disposto no artigo 31 da Constituição Federal".

A partir de tais disposições, como destacado no parecer da douta Subprocuradoria-Geral de Justiça, conclui-se que "do dever constitucional de prestação de contas do Poder Legislativo, entretanto, não decorre a imprescindibilidade da presença física do Prefeito Municipal, em audiência pública, na sede da Câmara Municipal".

Assim, destoando do regramento constitucional, a norma municipal constitui indevida violação ao princípio da separação de poderes e também invade a reserva da administração.

Em caso semelhante, *mutatis mutandis*, decidiu no mesmo sentido este Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lagoinha. Art. 19, inci-

Acesso ao Sumário

so XII da Lei Orgânica Municipal. Convocação do Prefeito e Vice-Prefeito para prestarem pessoalmente informações sobre assuntos previamente estabelecidos. Inadmissibilidade. ***Afronta ao Princípio da Separação dos Poderes. Poder de fiscalização que deve respeitar limites constitucionais.*** *Precedentes. Ausente, na Constituição Bandeirante, qualquer previsão nesse sentido. Afronta aos arts. 5º; 20, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual. Ação procedente."* (ADI nº 2074664-80.2014.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 15.10.2014, grifei).

Impõe-se, portanto, a procedência da presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade das normas por afronta aos arts. 5º, 47, II e XIX, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da CE.

Por esses motivos, meu voto é pela procedência parcial da ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Executivo e" constante do *caput* e dos parágrafos 2º e 3º, todos do art. 14-A da Lei Orgânica do Município de Santa Cruz do Rio Pardo, conforme redação trazida pela Emenda nº 67/2022.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2183310-09.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMAMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA.

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 35.325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), 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, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2022.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.821, de 08 de abril de 2022, do Município de Marília, de iniciativa parlamentar, que cria um programa de 'auxílio emergencial' como mecanismo de enfrentamento dos efeitos da pandemia do COVID-19, e dá os seus parâmetros – POLÍTICA PÚBLICA – Possibilidade de iniciativa concorrente de leis que instituam normas programáticas, genéricas e abstratas em relação à saúde pública e assistência social, desde que não adentrem nas atribuições da Administração para a sua implementação – Benefício financeiro que caracteriza política de assistência social, dando concretude aos preceitos do artigo 203, incisos I e VI, da Constituição Federal, este último inciso com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021 – RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo de programas que extrapolem temporalmente a execução do orçamento anual, considerando a gestões necessárias para o funcionamento da máquina pública – Circunstância em que o programa da lei objurgada não tem caráter transitório, como autorizado pelo artigo 167-D da CF/88, incluído pela EC-103/2021, que relativizou a aplicação do artigo 113 do ADCT aos Municípios – Inconstitucionalidade constatada na forma dos artigos 5º, 47, incisos II e XIX, 144, 174, inciso III e 176, inciso I, da Constituição Bandeirante – Precedente deste Órgão Especial – MODULAÇÃO – Irrepetibilidade dos valores pagos até a data da concessão da antecipação da tutela – Ação julgada procedente, com modulação.*

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de ação ajuizada pelo Prefeito do Município de Marília a pretender a declaração de inconstitucionalidade integral da **Lei nº 8.821, de 08 de abril de 2022**, de iniciativa parlamentar, objeto de seu integral veto, derrubado pela Casa Legislativa que a promulgou, dispondo sobre *'o Programa Renda Básica Cidadã para pagamento de auxílio financeiro emergencial para o enfrentamento da extrema pobreza derivada da pandemia da COVID-19"* (fls. 47).

Diz o alcaide, em síntese, que a matéria é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, pois envolve gestão administrativa de política públi-

ca, consubstanciada no planejamento, direção e organização da implementação de auxílio financeiro para determinado segmento da sociedade, sendo que não houve indicação da fonte do respectivo custeio, o que vulnera os preceitos dos artigos 5º; 25; 47, incisos II, XI, XIV, e XIX, alínea 'a', e 144 da Constituição Estadual. Apontou alguns precedentes deste Tribunal de Justiça que considera análogos à questão.

Foi concedida antecipação de tutela em caráter cautelar para a imediata suspensão da lei objurgada (fls. 55/59), sem notícia de oposição de agravo interno.

Devidamente notificado, o Presidente da respectiva Câmara Municipal, em suas informações de fls. 68/81, asseverou que não houve qualquer vício ou irregularidade na tramitação do Projeto de Lei nº 90/2021, que resultou na promulgação da lei objurgada, eis que a redação original do § 5º do artigo 4º foi suprimido durante o processo legislativo justamente para não haver ingerência nas atribuições do Poder Executivo, sendo a lei novamente publicada para sanar esse erro. Sustenta, finalmente, que a matéria (política pública) não é de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo.

Após regular citação eletrônica (fls. 64), a Procuradoria Geral do Estado não se manifestou nos autos (fls. 119).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 126/134, opina pela procedência do pedido declaratório, eis que a matéria atinente a política social, de fato, não é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, mas implica em alteração da lei orçamentária anual, cujo impulso lhe é reservado. Pondera, também, sobre a inaplicabilidade do artigo 113 do ADCT, em função do recente artigo 167 -D, incluso na CF/88 por meio da EC-103/2021.

É o relatório.

2.1 – DO OBJETO DA AÇÃO

Leitura da inicial revela a intenção de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.821, de 08 de abril de 2022, objeto de retificação em 13/09/2022 (fls. 117/118), que cria o 'Programa Renda Básica Cidadã' no Município de Marília para o enfrentamento de vulnerabilidade social decorrente da pandemia do COVID-19, no valor de até R$ 450,00, conforme parâmetros do seu artigo 4º (fls. 47/48).

De início cabe ressaltar que a supressão do § 5º do citado artigo 4º, cuja redação havia sido rejeitada durante o processo legislativo, mas por erro do setor competente, acabou por constar da publicação oficial, não extirpa os vícios de inconstitucionalidade levantados na petição inicial, que abrange além da alegação de vício de iniciativa, vulneração à lei orçamentária por não indicação de fonte de custeio e impacto no planejamento anual do Poder Executivo.

2.2 – DA COMPETÊNCIA PARA INICIATIVA DE LEIS QUE VERSEM

Acesso ao Sumário

SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS/SOCIAIS

Não se olvida que os Municípios ostentam competência para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme artigo 30, inciso I, da CF. Entretanto se faz necessária observância de certos requisitos na obra legislativa, cuja falta acarreta a inconstitucionalidade formal do ato.

A propósito, Hely Lopes Meirelles adverte:

"No sistema brasileiro o governo municipal é de funções divididas, cabendo as executivas à Prefeitura e as legislativas à Câmara de Vereadores. Esses dois Poderes, entrosando suas atividades específicas, realizam com independência e harmonia o governo local, nas condições expressas na lei orgânica do Município. O sistema de separação de funções – executivas e legislativas – impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro. Assim sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regras para a Administração; a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou da Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante" (in, Direito Municipal Brasileiro, 12ª ed., Editora: Malheiros, 2001, p. 677).

O saudoso mestre ensina, ainda, acerca da natureza jurídica e função do Poder Legislativo Municipal, em especial da Câmara de Vereadores, e os limites do ato legislativo de 'autorização' para a implementação de programas e políticas públicas:

"Vale ressaltar que essa competência do Município para legislar 'sobre assuntos de interesse local' bem como a de 'suplementar a legislação federal e estadual no que couber' ou seja, em assuntos em que predomine o interesse local ampliam significativamente a atuação legislativa da Câmara de Vereadores. Leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. A edição de lei orgânica municipal, prevista no artigo 29, caput, da CF, é outro fator que enriqueceu sobremaneira a função legislativa da Câmara Municipal... As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização adminis-

Acesso ao Sumário

trativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental." (*op.cit.* p. 578)

[...]

e arremata

"Convém relembrar que a Câmara nunca praticará esses atos in concreto, limitando-se a autorizar, ou não, sua prática pelo prefeito. Não é a Câmara que concede autorização a terceiros para a realização de qualquer ato, obra ou serviço no Município; ela somente autoriza o prefeito a praticar o ato administrativo que dependa da concordância da Edilidade. Ao chefe do Executivo é que incumbe, sempre e sempre, praticar concretamente o ato autorizado pela Câmara, dando-lhe a forma administrativa conveniente. A Câmara autoriza; o prefeito executa." (*op.cit.* p. 654)

Portanto, não há vício de inconstitucionalidade pelo fato do Projeto de Lei nº 90/2021 ter sido iniciado no âmbito do Poder Legislativo, porque a implementação de dado programa social depende das providências do Poder Executivo, observado o quanto autorizado em lei.

Dito isso, como já adiantado no exame do pedido da antecipação da tutela, o Projeto de Lei nº 90/2021 tinha a intenção de garantir a segurança alimentar e dignidade mínima para família em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência dos efeitos deletérios na economia durante o enfrentamento da pandemia do COVID-19, criando, desta forma, uma verdadeira política de assistência social, dando concretude aos preceitos do artigo 203, incisos I e VI, da Constituição Federal, este último inciso com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021, que trouxe modificações, entre outros, sobre o Novo Regime Fiscal dos Municípios.

Com efeito, o chamado 'Novo Regime Fiscal' foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC nº 95/2016, popularmente conhecido como 'teto de gastos' para impor limitações na despesa pública dentro de um conceito mais abrangente de austeridade fiscal. E dentre as regras cogentes, a redação do artigo 113 do ADCT passou a ser mitigada pelo preceito do artigo 167-D acrescido pela EC-103/2021 à CF/88, de seguinte teor:

Artigo 167-D – As proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, desde que não impliquem despesa obrigatória de caráter con-

Acesso ao Sumário

> tinuado, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)
>
> **Parágrafo único –** Durante a vigência da calamidade pública de âmbito nacional de que trata o art. 167-B, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 desta Constituição.

No caso em testilha, não há dúvidas de que as várias ações voltadas para o enfrentamento da pandemia, inclusive com restrição de circulação de pessoas, bens e serviços, impactou sobremaneira as camadas sociais menos favorecidas, de modo que nos três níveis de governo foram necessárias medidas anticíclicas para a sua assistência até a superação a crise, sob pena de forte desequilíbrio fiscal. Não é, em princípio, questão que pode ser decidida isoladamente pelo Poder Legislativo com apoio somente na diretriz jurisprudencial entabulada no TEMA 917, em repercussão geral, do S.T.F..

No caso, a lei objurgada não cria apenas uma despesa transitória como autorizado no citado artigo 167-D da CF/88, eis que no seu artigo 4º, *caput*, há a previsão do pagamento indeterminado enquanto perdurar a crise sanitária do Covid-19, sem estabelecer qual a instância de autoridade, municipal, estadual ou federal, que definirá o término desse período de exceção fiscal. Além disso, não é feita qualquer modulação dos valores pagos em função do pagamento de outros auxílios por outras esferas de governo, tornando fluída a fronteira na qual o assistido estaria fora da situação de 'extrema pobreza'.

Desse modo, se a despesa assume caráter 'continuado', perpassando temporalmente o orçamento anual aprovado, há ingerência na atribuição do Poder Executivo de executá-lo segundo as diretrizes do plano plurianual, vulnerando os preceitos dos artigos 174, inciso III e 176, inciso I, da Constituição Bandeirante, como bem ponderado pela douta Procuradoria Geral de Justiça:

> **Artigo 174 –** Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal:
>
> [...]
>
> **III –** os orçamentos anuais.
>
> **Artigo 176 –** São vedados:
>
> **I –** o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual;

À evidência, na medida em que a lei não se limita a apenas 'autorizar' (termo que sequer consta no texto da referida norma) o Poder Executivo a implementar essa política social, mas efetivamente a implanta e impõe obrigações a agentes ou órgãos do Poder Executivo, inclusive pormenorizando a forma de utilização do benefício pela população assistida, sem colocar como prévia

Acesso ao Sumário

condição a inclusão do programa na lei orçamentária anual, há inconstitucionalidade insanável.

Nesse sentido decidiu este Colendo Órgão Especial, no julgamento da **ADIN 2218796-89.2021.8.26.0000**, em sessão realizada no dia 27/04/2022, no qual o colegiado acompanhou, de forma unânime (e com adesão deste subscritor), o voto condutor da relatora Des. Cristina Zucchi:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.924, DE 25 DE AGOSTO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE LORENA, QUE DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-GÁS À FAMÍLIA DE BAIXA RENDA.***
>
> ***1) Norma de iniciativa parlamentar. Inexistência de conflito entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo quanto à iniciativa de lei que cuida de diretrizes gerais de política pública, voltada à proteção da população carente, com reflexos, pois, à proteção da dignidade da pessoa humana, prevista constitucionalmente (art. 1º, III, da Constituição Federal). Matéria que não se encontra no rol de iniciativa reservada do Poder Executivo elencado no parágrafo 2º do artigo 24 da Constituição Estadual.***
>
> ***2) Violação ao princípio da Reserva da Administração. Reconhecimento. Imposição de obrigações a setores da Administração e a seus servidores, com a determinação de prática de atos administrativos, sem deixar margem de escolha para o administrador. Afronta aos arts. 5º, 47, II e XIX e 144, todos da Constituição Paulista.***
>
> ***3) Irrelevante a arguição de criação de despesas. Eventual ausência de receitas acarreta, no máximo, a inexequibilidade da norma no mesmo exercício em que foi promulgada.***
>
> ***4) Inaplicabilidade do art. 113 do ADCT ao presente caso, por não se tratar de matéria fiscal (criação ou renúncia de receitas). 5) Ofensa aos artigos 174, III, e 176, I, da Constituição Estadual reconhecida, eis que o diploma legal ora impugnado implica na alteração da lei orçamentária anual, cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo. Precedentes deste C. Órgão Especial.***
>
> ***Ação julgada procedente, com efeito ex tunc, ressalvada a irrepetibilidade de valor eventualmente pago."***

2.3 – ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do C.P.C., pelo meu voto**: a–) julgo procedente** a presente declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.821, de 08 de abril de 2022, do Município de Marília, por ofensa aos artigos 5º, 47, incisos II e XIX, 144, 174, inciso III e 176, inciso I, da Constituição Bandeirante; **b–) confirmo**, por consequência, a antecipação de tutela de fls. 55/59, estabelecendo a irrepetibilidade dos valores pagos até aquela data.

Acesso ao Sumário

3 – Destarte, nos termos acima especificados, **julga-se procedente a ação, com modulação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2168789-59.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA ADÉLIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA ADÉLIA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.199)**

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, CARLOS MONNERAT, 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 e JAMES SIANO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Complementar nº 62, de 15 de dezembro de 2008 do Município de Santa Adélia, que acrescentou o § 5º ao artigo 68 da Lei Complementar nº 03/94 – Redução da jornada de trabalho em 50% do servidor efetivo eleito vereador, na eventualidade de sua eleição para o cargo de Presidente da Câmara, enquanto durar o seu mandato nessa condição – Violação aos princípios da moralidade, razoabilidade e interesse público – Ofensa aos artigos 111, 128 e 144 da Constituição Federal – Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional a Lei Complementar nº 62, de 15 de dezembro

Acesso ao Sumário

de 2008 do Município de Santa Adélia, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 62, de 15 de dezembro de 2008 do Município de Santa Adélia, que acrescentou o § 5º ao artigo 68 da Lei Complementar nº 03/94. A lei complementar impugnada estabeleceu que *"O funcionário, ocupante de cargo de provimento efetivo, eleito vereador, na eventualidade de sua eleição para o cargo de Presidente da Câmara, terá a duração de sua jornada de trabalho reduzida em 50% (cinquenta por cento), enquanto durar o seu mandato nessa condição".* Sustentou que a redução da carga horária sem a correspondente redução da remuneração buscou artificializar a compatibilidade de horários e permitir que o servidor ocupe a Presidência da Câmara Municipal sem a necessidade de afastamento do cargo público de origem. Referiu que a diminuição da jornada sem redução dos vencimentos é aumento indireto de salário, o que não atende ao interesse público, tampouco às exigências do serviço, violando os princípios da moralidade, finalidade e razoabilidade.

Não foi formulado pedido liminar.

O Município de Santa Adélia apresentou informações, defendendo a legalidade da lei impugnada (fls. 124/128).

A Câmara Municipal de Santa Adélia apresentou informações (fls. 136/140).

A D. Procuradoria Geral do Estado não apresentou manifestação (fls. 134).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do pedido (fls. 148/155).

É o relatório.

Para melhor análise da matéria, transcrevo a lei impugnada (fls. 82):

Lei Complementar nº 62 de 15 de dezembro de 2008.

Acrescenta § 5º no art. 68 da Lei Complementar nº 03 de 18 de fevereiro de 1994.

DORIVAL MONTEIRO DO AMARAL, Prefeito do Município de Santa Adélia, Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, faz saber que a Câmara Municipal aprovou e ele sanciona e promulga a seguinte Lei Complementar:

Acesso ao Sumário

Art. 1º Fica acrescentado § 5º no art. 68 da Lei Complementar nº 03 de 18 de fevereiro de 1994:

Art. 68 – .....

§ 1º – .....

§ 2º – .....

§ 3º – .....

§ 4º – .....

§ 5º – O funcionário, ocupante de cargo efetivo, eleito vereador, na eventualidade de sua eleição para o cargo de Presidente da Câmara, terá a duração de sua jornada de trabalho reduzida em 50% (cinquenta por cento), enquanto durar o seu mandato nessa condição.

Art. 2º – Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O artigo 68 da Lei Complementar nº 03/94 passou então a contar com a seguinte redação (fls. 36/37):

Art. 68 – O horário de trabalho será fixado pela autoridade competente, de acordo com a natureza e necessidade do serviço.

§ 1º – A jornada diária de trabalho não poderá ser superior a *8 (oito) horas, exceto aos serviços, que pela natureza, exijam turno de revezamento e sua regulamentação será por Decreto do Executivo.*

§ 2º – Aos profissionais com jornada de 30 (trinta) horas semanais, a diária não poderá ser superior a *6 (seis) horas e aos com jornada de 20 (vinte) horas, a diária não poderá ser superior a 4 (quatro) horas.*

§ 3º – Quando a jornada diária for superior a *6 (seis) horas, será obrigatório um intervalo de 1 (uma) hora para refeição.*

§ 4º – A jornada semanal não poderá exceder a 40 horas, podendo haver compensação caso haja necessidade.

§ 5º – O funcionário, ocupante de cargo efetivo, eleito vereador, na eventualidade de sua eleição para o cargo de Presidente da Câmara, terá a duração de sua jornada de trabalho reduzida em 50% (cinquenta por cento), enquanto durar o seu mandato nessa condição.

Acesso ao Sumário

O Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo busca o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 62, de 15 de dezembro de 2008 do Município de Santa Adélia, que acrescentou o § 5º ao artigo 68 da Lei Complementar nº 03/94 (supra destacado).

A ação é procedente.

O artigo 128 da Constituição Estadual estabelece: *As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao* ***interesse público*** *e às* ***exigências do serviço***.

A redução de jornada em 50% ao ocupante de cargo efetivo que, eleito vereador, venha a ocupar o cargo de Presidente da Câmara ofende aos princípios da moralidade, razoabilidade e interesse público.

Conforme artigo 125 da Constituição do Estado de São Paulo *"O exercício de mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do artigo 38 da Constituição Federal"*.

A Carta Magna, por sua vez, estabelece:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I – tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II – investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III – investido no mandato de ***Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;***

Não se vislumbra fundamento suficiente e idôneo para tal redução, a não ser uma forma de burlar a aventada compatibilidade de horário e propiciar o acúmulo dos subsídios como vereador e vencimentos do cargo efetivo.

Não obstante a autonomia administrativa dos Municípios, de rigor a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Estadual, conforme dispõe o artigo 144 da CE.

E o artigo 111 da Constituição Estadual dispõe:

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.

Evidentemente que havendo incompatibilidade de horários entre o exercício de cargo efetivo e de Presidente da Câmara, o interessado deveria optar entre as remunerações e não, como pretendeu a norma impugnada, reduzir a jornada em 50%, sem redução de remuneração, para possível harmonia de jornadas.

Incontestável que haverá prejuízo ao serviço público e ao erário, que não poderá contar com o servidor efetivo em sua jornada completa, embora a remuneração seja mantida. A norma impugnada não beneficia a Administração Pública sob qualquer aspecto, privilegiando tão somente ao servidor efetivo que venha a ser eleito vereador e Presidente da Câmara.

A inconstitucionalidade de redução de jornada, sem diminuição proporcional dos vencimentos já foi reconhecida em diversas oportunidades por este

Acesso ao Sumário

C. Órgão Especial (sendo certo que hipótese em tela parece ainda mais grave, pois a redução da jornada pode viabilizar o acúmulo de remuneração):

Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 1.471, de 05 de novembro de 2015, do Município de Tarabai – Redução da carga horária de alguns cargos públicos, mantida a remuneração – Diminuição da jornada de trabalho sem justificativa – Benefício equivalente a vantagem pecuniária que não atende ao interesse público, bem como às exigências do serviço – Ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público – Violação aos artigos 111 e 128 da Carta Estadual – Precedentes deste C. Órgão Especial – Inconstitucionalidade configurada – Necessidade de modulação dos efeitos da declaração, tendo em vista razões de segurança jurídica, com o fim de salvaguardar os pagamentos já realizados e os recebimentos efetivados de boa-fé – Declaração que deve produzir seus efeitos a partir da prolação do Acórdão – Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2034799-06.2021.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; votação unânime; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/05/2022; Data de Registro: 20/05/2022)

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI MUNICIPAL Nº 2.392, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE DA SERRA. NORMA QUE ESTABELECE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO (40HS PARA 30HS SEMANAIS) DE DETERMINADA CATEGORIA DE SERVIDORES DO MUNICÍPIO (OCUPANTES DOS CARGOS DE ATENDENTE DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL E AUXILIAR DE EDUCAÇÃO INFANTIL) SEM REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS VENCIMENTOS. Ofensa aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e finalidade. Configurada violação aos arts. 111, 128 e 144 da Constituição Paulista. Precedentes. Ação procedente, com efeito ex tunc, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data do julgamento desta ação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2007957-86.2021.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; votação unânime; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 02/02/2022; Data de Registro: 08/02/2022)

Acesso ao Sumário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REDUÇÃO GRATUITA DA JORNADA DE TRABALHO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS DO MUNICÍPIO EM RAZÃO DO ATINGIMENTO DE CERTA IDADE. Artigo 68, caput e incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.995, de 15 de outubro de 2007, do Município de Ubatuba. Benefício equivalente a vantagem pecuniária, pois implica efetivo incremento da contraprestação pelas horas efetivamente trabalhadas. Impossibilidade de concessão pelo simples fato de se alcançar certa idade. Inobservância ao interesse público e às exigências do serviço. Desrespeito aos artigos 111, 128 e 114 da Constituição Estadual, bem como

aos princípios constitucionais da Administração Pública. Inconstitucionalidade verificada. Ressalva apenas quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data deste julgamento. Ação julgada procedente, com observação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2072571-37.2020.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; votação unânime; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 03/02/2021; Data de Registro: 04/02/2021)

Diante do exposto, julgo procedente o pedido formulado para declarar inconstitucional a Lei Complementar nº 62, de 15 de dezembro de 2008 do Município de Santa Adélia. Fica ressalvada a irrepetibilidade dos valores pagos, auferidos de boa-fé pelos servidores beneficiados até a data deste julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2247269-51.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LORENA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LORENA.

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 33.534)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, 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, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.028, DE 19 DE JULHO DE 2022, DO MUNICÍPIO DE LORENA – ATENDIMENTO E VAGAS PREFERENCIAIS A PORTADORES DE DOENÇAS INFLAMATÓRIAS INTESTINAIS –

Acesso ao Sumário

LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR – OFENSA À RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO E AO PRINCÍPIO DE ISONOMIA – INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Lei nº 4.028, de 19 de julho de 2022, do Município de Lorena, de iniciativa parlamentar, que prevê atendimento preferencial e autorização para estacionamento em vagas preferenciais a portadores de doenças crônicas intestinais.

2. Criação de atribuições e obrigações a órgãos administrativos municipais. Inconstitucionalidade formal. Instituição de tratamento desigual sem correlação com o fator de discrímen, em detrimento de pessoas com dificuldades de locomoção. Ofensa ao princípio de isonomia. Inconstitucionalidade material

3. Política pública de apoio a portadores de doenças que se insere no âmbito de competência do Poder Executivo. Ofensa à reserva da Administração. Precedentes deste Colegiado. Inconstitucionalidade material. Ação direta procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Lorena em face da Lei nº 4.028, de 19 de julho de 2022, que instituiu o atendimento preferencial e autorizou o estacionamento de veículos em vagas preferenciais de pacientes com doenças inflamatórias intestinais ativas e crônicas, graves ou moderadas.

Sustenta o autor, em síntese, que a lei, de iniciativa parlamentar, tem por objeto atos típicos de gestão pública, próprios do Poder Executivo, o que atenta contra os artigos 5º ("São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário") e 47 ("Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição"), II ("exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual") e XIV ("praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo"), da Constituição Estadual, além do artigo 37 da Lei Orgânica Municipal. Aponta, ainda, que a norma prejudica idosos e pessoas com deficiência, em afronta ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e ao art. 277 da Constituição Estadual ("Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

Acesso ao Sumário

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão").

Concedida liminar, o Presidente da Câmara Municipal defendeu a constitucionalidade da norma (fls. 52/59). A Procuradoria Geral do Estado não se manifestou (fls. 61) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido (fls. 65/75).

É o relatório.

Inicialmente cumpre ressaltar que os parâmetros da ação direta de inconstitucionalidade são determinados pelo confronto da lei ou do ato impugnado com o texto da Constituição Estadual, e por via reflexa à Constituição Federal nas questões de repetição obrigatória pelo princípio da simetria (art. 125, § 2º, CF), pelo que descabidas todas as alegações de confronto com normas de natureza infraconstitucional como a Lei Orgânica do Município ou o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Eis o teor da Lei nº 4.028, de 19 de julho de 2022, do Município de Lorena:

> Art. 1º – Fica instituído o atendimento preferencial para pacientes com Doenças Inflamatórias Intestinais ativas, moderadas, graves ou crônicas.
>
> Art. 2º – Para os fins desta lei, consideram-se Doenças Inflamatórias Intestinais crônicas aquelas que acometem o intestino delgado e/ou grosso, tais como: doença de Crohn, Retocolite Ulcerativa, em grau moderado ou grave, assim definidos por profissional médico.
>
> Art. 3º – Ficam as instituições e repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos e empresas privadas, obrigadas a conceder durante todo o horário de expediente, atendimento preferencial aos pacientes com Doenças Inflamatórias Intestinais crônicas ativas, em grau moderado ou grave.
>
> Parágrafo único. As empresas comerciais, Bancos, Lotéricas e afins que recebem pagamento de contas, sejam elas; água luz, telefone e outros, deverão tomar as providências necessárias para incluir os pacientes acometidos pelas doenças citadas nesta lei, na fila preferencial.
>
> Art. 4º – Fica permitido aos pacientes com Doenças Inflamatórias Intestinais crônicas ativas, em grau moderado ou grave, estacionar em vagas destinadas aos idosos, gestantes e pessoas com deficiência.
>
> § 1º – A identificação deste grupo prioritário se dará por meio de cartão e adesivo expedido pelo Executivo Municipal.
>
> § 2º – Para fins de expedição de cartão ou adesivo aos pacientes, o poder Executivo Municipal poderá exigir comprovação médica e os exames clínicos indicados nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas (PCDT) de Doenças de Crohn e Retocolite Ulcerativa.

Acesso ao Sumário

Art. 5º – O Poder Executivo regulamentará esta Lei, no que couber.

Art. 6º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A norma impugnada padece inicialmente de inconstitucionalidade formal. De acordo com a tese firmada pelo STF no julgamento do Tema nº 917, "não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesas 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". A *contrario sensu*, lei de iniciativa parlamentar que trate da estrutura e atribuição dos órgãos administrativos usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 2º, da Constituição Estadual).

A Lei Municipal nº 4.028/22 cria atribuições (emissão de cartões e adesivos identificadores) e obrigações (conferir atendimento preferencial a certa categoria) que interferem na estrutura de funcionamento de instituições, repartições públicas e empresas concessionárias de serviço público, que são órgãos da Administração Municipal geridos pelo Poder Executivo, o que é inadmissível.

Como ponderou o Ministro Sydney Sanches no julgamento da ADI nº 2.372, "não se pode compreender que o Poder Legislativo, sem iniciativa do Poder Executivo, possa alterar atribuições de órgãos da Administração Pública, quando a este último cabe a iniciativa de Lei para criá-los e extingui-los. De que adiantaria ao Poder Executivo a iniciativa de Lei sobre órgãos da administração pública, se, ao depois, sem sua iniciativa, outra Lei pudesse alterar todas as suas atribuições e até suprimi-las ou desvirtuá-las. Não há dúvida de que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de Lei que diga respeito a sua própria organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário".

Mas não é só. Padece também de inconstitucionalidade material. Primeiro, porque a regra é a igualdade de tratamento. O tratamento desigual só se justifica no limite das desigualdades entre os administrados. É necessário haver uma correlação entre o tratamento desigual e o fator de discriminação. No caso, porém, não se vislumbra essa correlação entre o atendimento e as vagas de estacionamento preferenciais e a condição do administrado de portador de doenças inflamatórias intestinais. O aumento dos casos e a complexidade das doenças – fundamentos invocados na justificativa do projeto de lei (fls. 11/13) – não autorizam a concessão de prerrogativas que, em última instância, representam um inconveniente àqueles que efetivamente têm dificuldades de locomoção.

Acesso ao Sumário

Segundo, porque de acordo com a lição do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, "a administração municipal é dirigida pelo Prefeito, que, unipessoalmente, como Chefe do Executivo local, comanda, supervisiona e coordena os serviços de peculiar interesse do Município" (Direito Administrativo Brasileiro, 42ª edição, p. 911). "Em sua função normal e predominante sobre

as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é a sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concreto de administração. Já dissemos, e convém se repita, que o Legislativo prevê *in genere*, o Executivo *in specie*; a Câmara edita normais gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido a Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, paramentos, recebimentos, entendimento verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o que mais se traduzir em atos ou medidas de execução governamental. Atuando através das leis que elaborar os atos legislativos que editar, a Câmara ditará ao prefeito normas gerais da Administração, sem chegar à prática administrativa. A propósito, têm decidido o STF e os Tribunais estaduais que é inconstitucional a deslocação do poder administrativo e regulamentar do Executivo para o Legislativo. De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do plenário, indicar medidas administrativas ao prefeito *adjuvandi causa*, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo; o que não pode é prover situação concretas por seus próprios atos ou impor ao Executivo a tomada de medidas especificas se sua exclusiva competência e atribuição. Usurpando funções do Executivo ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial" (Direito Municipal Brasileiro, 17ª edição, p. 631).

À luz de tão preciso magistério, forçoso reconhecer que a Lei Municipal nº 4.028/22 atenta contra a chamada reserva da Administração, assim entendida como "o conjunto das formas de proteção estruturado na Constituição, de maneira explícita e implícita, em benefício do Poder Executivo e da Administração Pública como um todo, para que esses possam realizar suas funções administrativas e prerrogativas correlatas, para o bom cumprimento dos respectivos papeis institucionais" (Paulo Henrique Macera, Reserva da Administração, Revista Digital de Direito Administrativo – USP, v. 1 , n. 2, pág. 343, 2014).

Nesse sentido, a jurisprudência deste E Órgão Especial, conforme se infere da ementa dos seguintes venerando arestos:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.080, de 5-9-2019, do Município de Pontal, que 'dispõe sobre a obrigatoriedade de preferência em especialidades para os estudantes da rede pública de ensino e dá outras providências'. Preliminar. Análise de ofensa a dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Inadmissibilidade. Ausência de parametricidade. Mérito. 1 – Serviço público de saúde. Princípio da igualdade. Inexistência de correlação lógica entre o fator eleito como critério de discrímen e o tratamento jurídico desigual. Violação ao princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Ocorrência. 2 – Serviço público de saúde. Reserva da Administração.

Acesso ao Sumário

Atividade legislativa que não se limita a estabelecer genericamente princípios, diretrizes e objetivos estratégicos a serem cumpridos pelo Poder Público, determina o tempo da prática de atos administrativos materiais, sem deixar margem de escolha para o administrador. Planejamento e organização do Município. Matéria atribuída pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo Municipal. Atividade própria da Administração Pública, amparada por critério de conveniência e oportunidade do prefeito. Violação aos arts. 5º, 47, II, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, todos da CE/89. 3 – Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente" (Direta de Inconstitucionalidade 2220894-18.2019.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 12/02/20).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.661, de 27 de agosto de 2019, do Município de Hortolândia, de iniciativa parlamentar, que 'introduz alterações na lei nº 2.974, de 13 de maio de 2014, que dispõe sobre a criação do PAESP – Pronto Atendimento Especial e Preferencial, conforme especifica' – Invasão de competência privativa do Poder Executivo – Artigos 5º, 24, parágrafo 2º, '1', '2' e '4', 47, incisos II, XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Violação à separação de poderes – A inclusão de pacientes com doença específica (doença inflamatória intestinal) para serem atendidos por uma unidade de pronto atendimento especial e preferencial, atribuindo obrigações à Secretaria de Saúde, vinculada ao Poder Executivo, e sem indicação de previsão de seu custo na lei orçamentária anual, caracteriza ingerência na gestão administrativa, invadindo competência reservada ao Chefe do Executivo Municipal – Inconstitucionalidade que se declara da Lei nº 3.661, de 27 de agosto de 2019, do Município de Hortolândia – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2255914-70.2019.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 10/06/20).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.008, DE 25 ABRIL DE 2018, DO MUNICÍPIO DE POÁ QUE 'DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DA FEIRA MUNICIPAL DE ARTE E ARTESANATO DE POÁ – FEMAAP' – ATO NORMATIVO DE ORIGEM PARLAMENTAR QUE INSTITUIU E REGULAMENTOU O FUNCIONAMENTO DE FEIRA MUNICIPAL, DEFININDO LOCAL ESPECÍFICO E PERMANENTE; CRIOU DIRETORIA EXECUTIVA E COMISSÃO AVALIADORA, REGULAMENTANDO SUAS COMPOSIÇÕES E COMPETÊNCIAS; IMPÔS NOVAS ATRIBUIÇÕES AO FUNDO SOCIAL DE SOLIDARIEDADE DO MUNICÍPIO, À SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL E AO DEPARTAMENTO DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO; ALÉM DE DEFINIR PRAZO DE VALIDADE E PARÂMETROS ESPECÍFICOS PARA A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ – INADMISSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 2, 47, INCISOS II, XIV E XIX, LETRA 'A', E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – TEMA 917 DA REPERCUSSÃO GERAL (ARE Nº 878.911/RJ) – INCONSTITUCIO-

Acesso ao Sumário

NALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE".

"O Executivo goza de autonomia e independência em relação à Câmara Municipal, que não podem ser violadas mediante elaboração legislativa que tenha por escopo impingir ao Prefeito o que deve ser feito em termos de administração pública". "A ingerência da Câmara Municipal na esfera de competência exclusiva do Prefeito implica transgressão ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Estadual". "Fere a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo ato normativo de origem parlamentar que cria órgãos da administração pública e estabelece novas atribuições" (Direta de Inconstitucionalidade 2105657-67.2018.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 10/10/18).

Por essas razões, julga-se procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.028, de 19 de julho de 2022, do Município de Lorena, nos termos acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2181910-57.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MOGI MIRIM, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MOGI MIRIM.

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 81.170)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA ADITIVA DE AUTORIA PARLAMENTAR QUE ACRESCENTOU O § 1º AO

ART. 1º-A DA LEI MUNICIPAL Nº 6.473, DE 23 DE JUNHO DE 2022, DO MUNICÍPIO DE MOGI MIRIM, QUE ACRESCENTA DISPOSITIVOS À LEI Nº 6.451, DE 25 DE MAIO DE 2022, DIPLOMA LEGAL QUE, POR SUA VEZ, DISPÕE SOBRE REAJUSTE DOS SALÁRIOS, VENCIMENTOS, PROVENTOS E PENSÃO MENSAL DOS SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E DA INDIRETA. 1. CRIAÇÃO DE DESPESA SEM INDICAÇÃO DE RECEITAS. SITUAÇÃO QUE ACARRETA, NO MÁXIMO, INEFICÁCIA, MAS NÃO INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. 2. VÍCIO NO PROCESSO LEGISLATIVO CONFIGURADO. MATÉRIA CUJA INICIATIVA LEGISLATIVA COMPETE AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 5º, 24, § 2º, "1" E 47, II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, NORMAS APLICÁVEIS AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA (ART. 144 DA CARTA BANDEIRANTE). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES CARACTERIZADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Mogi Mirim contra emenda aditiva, de autoria de vereador, à Lei Municipal nº 6.473/2022, a qual *"... Acrescenta dispositivos à Lei nº 6.451, de 25 de maio de 2022, e dá outras providências..."*, diploma legal que, por sua vez, dispõe *"... sobre reajuste dos salários, vencimentos, proventos e pensão mensal dos servidores ativos, inativos e pensionistas da administração direta e da indireta."*.

Acesso ao Sumário

Argumenta o requerente que há inconstitucionalidade formal e material na espécie. Assevera haver violação ao princípio da separação de poderes, já que a matéria tratada na aludida emenda parlamentar é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Argumenta ainda que tal emenda é inconstitucional por criar despesas sem previsão da respectiva fonte de custeio. Sustenta, assim, a infringência aos arts. 5º, 24, § 2º, "1", 47, II, 111 e 144, todos da Constituição Bandeirante. Requer a concessão de liminar, para sustar os efeitos da norma em discussão, e, ao final, a procedência da demanda.

Deferida a liminar (cf. fls. 89/90), vieram as informações da Presidente da Câmara Municipal de Mogi Mirim (cf. fls. 103/106), certo que a Procuradoria Geral do Estado não se manifestou (cf. certidão a fls. 99). Após, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência (cf. fls. 127/134).

É o relatório.

Cumpre inicialmente esclarecer que a referida emenda aditiva, de autoria parlamentar, que acrescentou o § 1º ao art. 1º-A da Lei Municipal nº 6.473, de 23 de junho de 2022, está assim redigida, verbis: *"O reajuste anual supracitado incidirá também no mesmo percentual, sobre as parcelas destacadas, que são pagas mensalmente aos servidores públicos municipais, como complemento, em respeito ao piso nacional das categorias."* (cf. fls. 30).

Anote-se, antes de mais nada que, conforme já assentado na decisão que concedeu a liminar postulada na exordial da demanda, muito embora o poder legislativo tenha a faculdade de oferecer emendas a projetos de lei de iniciativa reservada ao poder executivo, tal prerrogativa deve, por razões óbvias e que não merecem maiores digressões, obedecer aos limites impostos pela Constituição. Nesse sentido, aliás, já se decidiu neste Órgão Especial, em precedente assim ementado, verbis: *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Incisos CIII a CXII do artigo 3º, da Lei Complementar nº 98/2019, do Município de Onda Verde/SP, a qual 'dispõe sobre reajuste salarial ao funcionalismo municipal e dá outras providências'. Dispositivos inseridos pela Emenda Aditiva nº 01/2019, de origem parlamentar, no trâmite do processo normativo. Alteração que promoveu a inclusão de categorias de servidores públicos municipais no reajuste previsto na lei em questão.* ***Poder Legislativo que detém a prerrogativa de emendar projetos de lei, mesmo aqueles cuja iniciativa é reservada ao chefe do executivo. Observância necessária, porém, dos limites constitucionais traçados.*** *Emenda parlamentar que, na hipótese, ensejou inegável aumento de despesa pública. Ocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes. Mácula aos artigos 5º, 24, § 5º, '1' e 144 da Constituição Estadual. Pretensão procedente."* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2118135-73.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 23/10/2019).

Convém ainda anotar que, no tocante ao suposto vício relativo à questão de a lei gerar despesas sem indicar receita, a ausência de dotação orçamentária para custeio de despesa não tem sido entendida por esta Corte como vício que implique inconstitucionalidade, mas fato que acarreta, quando muito, a ineficácia da norma (cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2299871-87.2020.8.26.0000; Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, Órgão Especial, j. 23/06/2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade 2206966-63.2020.8.26.0000; Rel. Des. Ferreira Rodrigues, Órgão Especial, j. 31/03/2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade 2011942-97.2020.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, Órgão Especial, j. 26/08/2020).

Acesso ao Sumário

Assentadas tais premissas, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade da emenda aditiva em questão, pelas razões a seguir expostas.

No caso em tela, a emenda aditiva aqui impugnada, de iniciativa parlamentar, ao estender o reajuste anual dos salários dos servidores públicos municipais às *"... parcelas destacadas, que são pagas mensalmente aos servidores públicos municipais, como complemento, em respeito ao piso nacional das categorias..."* (cf. fls. 30), impôs verdadeira interferência na organização administrativa do município, certo que tal incumbência é reservada ao chefe do Poder Executivo, por força do que dispõem as normas previstas nos arts. 5º, caput, 47, II e 144, todos da Carta Bandeirante. Com efeito, com base no princípio da simetria, é possível inferir que o art. 47, II, da Constituição Paulista atribuiu ao Poder Executivo municipal a direção superior da administração municipal. Assim, não compete ao Poder Legislativo impor à administração pública municipal qualquer obrigação acerca do tema. Além disso, a norma prevista no art. 24, § 2º, "1" da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos municípios também por força do princípio da simetria, prevê que compete, exclusivamente, ao chefe do poder executivo, a iniciativa das leis que disponham sobre *"... criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica,* ***bem como a fixação da respectiva remuneração****..." (grifo não original)*. Daí decorre a conclusão no sentido de que a norma criada por meio da aludida emenda parlamentar configura inequívoca ofensa ao princípio da separação dos poderes, já que trata de matéria relacionada à remuneração e ao regime jurídico dos servidores públicos, cuja iniciativa legislativa é, como visto, de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo.

Em resumo, está configurado, na espécie, o alegado vício de iniciativa, bem como inequívoca violação ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, aliás, já se decidiu neste Órgão Especial, em caso análogo ao presente, em precedente assim ementado, verbis: *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Concessão de gratificação por assiduidade aos docentes, monitores e aos integrantes das classes de suporte pedagógico à docência, em exercício nas unidades escolares e na estrutura da Secretaria Municipal de Educação prevista na Lei 9.687/2021 de 20 de dezembro de 2021, do Município de Piracicaba. (...).* ***Vício de iniciativa. Ocorrência. A questão tratada pela lei impugnada (remuneração e regime jurídico de servidores) é de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, na pessoa do Prefeito Municipal. Violação ao princípio da separação dos poderes. Inteligência dos arts. 5º, 24, § 2º, 1 e 4 e 144 da Constituição Estadual. Leis que disponham sobre remuneração e regime jurídico de servidores são de competência do Chefe do Poder Executivo.*** *Precedentes. Ação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 9.687/2021 de 20 de dezembro de 2021, do Município de Piracicaba."* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2300939-38.2021.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j.

24/08/2022). É o caso dos autos.

Assim, revela-se inequívoca a configuração do vício no processo legislativo alegado na inicial da demanda, de modo que é de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade formal da emenda aditiva que acrescentou o § 1º ao art. 1º-A da Lei nº 6.473, de 23 de junho de 2022, do Município de Mogi Mirim, por violação às normas previstas nos arts. 5º, 24, § 2º, "1" e 47, II, todas da Constituição do Estado de São Paulo, normas aplicáveis aos municípios por força do princípio da simetria (art. 144 da Carta Bandeirante).

De resto, reconhecida a inconstitucionalidade formal da norma por vício no processo legislativo, torna-se despicienda a análise acerca das demais alegações feitas pelo autor.

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade da emenda aditiva que acrescentou o § 1º ao art. 1º-A da Lei nº 6.473, de 23 de junho de 2022, do Município de Mogi Mirim.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2193962-85.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

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 47.118)**

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, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Santo André. Lei Municipal nº 10.521, de 08.06.22, que "... dispõe sobre a obrigatoriedade do atendimento à saúde da mulher em prazo máximo de 30 dias, para alertar e orientar sobre o diagnóstico precoce de câncer de mama no âmbito da rede municipal".

Vício de iniciativa. Inocorrência. Iniciativa legislativa comum. Recente orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Organização administrativa. Inconstitucionalidade. Cabe ao Executivo a gestão administrativa. Desrespeito aos princípios constitucionais da 'reserva de administração' e da separação dos poderes. A norma invade, inequivocamente, seara privativa do Executivo. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual).

Fonte de custeio. Ausente o vício. Leis dessa natureza criando despesas, embora não mencionem a fonte de custeio, ou a mencionem de forma genérica, não devem ser declaradas inconstitucionais, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício.

Ação procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação **direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Santo André, tendo por objeto a **Lei Municipal nº 10.521**, de **08.06.22**, que *"dispõe sobre a obrigatoriedade do atendimento à saúde da mulher em prazo máximo de 30 dias, para alertar e orientar sobre o diagnóstico precoce de câncer de mama no âmbito da rede municipal"*.

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade da norma. Há afronta aos artigos 5º; art. 25; art. 47, II, XI, XIV e XIX, "a"; 111; 144; 176, I e II; 219, parágrafo único, "1"; 220, caput e § 1º; 222, III; e art. 223, II, "e", todos da Constituição do Estado de São Paulo. Poder Legislativo ingressou indevidamente em atividade típica do Poder Executivo, usurpando da competência exclusiva do Chefe do Executivo Municipal para a iniciativa de leis que disponham sobre organização e funcionamento da Administração Pública. Violado o princípio da Separação dos Poderes. Ingerência em matéria sob "reserva de administração". Ausente especificação de fonte de custeio. Mencionou precedentes. Daí a limi-

Acesso ao Sumário

nar e o reconhecimento da inconstitucionalidade (fls. 01/22).

Deferida a liminar (fl. 51), vieram informações (fls. 63/109). Deixou de se manifestar a d. Procuradoria Geral do Estado (fl. 113). Opinou a Douta Procuradoria (fls. 118/125).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de ação **direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Santo André, tendo por objeto a **Lei Municipal nº 10.521**, de **08.06.22**, que *"dispõe sobre a obrigatoriedade do atendimento à saúde da mulher em prazo máximo de 30 dias, para alertar e orientar sobre o diagnóstico precoce de câncer de mama no âmbito da rede municipal"*.

Com o seguinte teor a norma impugnada:

"Art. 1º Esta lei institui a obrigatoriedade no atendimento à saúde da mulher em prazo máximo de 30 dias, para alerta e orientação às mulheres sobre o diagnóstico precoce de Câncer de Mama."

"Art. 2º O Poder Público deverá priorizar e implementar as seguintes atividades:"

"I – palestras sobre a importância da atividade física;"

"II – medição da pressão arterial;"

"III – orientação nutricional;"

"IV – indicação de exames preventivos."

"Art. 3º Os médicos das unidades básicas de saúde, hospitais e demais equipamentos públicos, ao atenderem a paciente, poderão solicitar os seguintes exames:"

"I – exames de análises clínicas, desde que justificados nas diretrizes e protocolos de prevenção à saúde estabelecidos pela Secretaria Municipal da Saúde;"

"II – exames de imagem (Mamografia, Ultrassonografia, Tomografia)."

"Parágrafo único. Para os exames previstos no caput deste artigo, o prazo máximo para diagnóstico da primeira consulta ao diagnóstico final, com fornecimento obrigatório dos laudos e imagens, deverão ser apresentados ao paciente em até 30 (trinta) dias."

"Art. 4º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário."

"Art. 5º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação." (destaquei e grifei – fls. 48/49).

Acesso ao Sumário

Sustentou, em suma, o Prefeito autor: (a) vício de iniciativa; (b) violação a separação dos poderes; e (c) ausência de fonte de custeio.

a) Quanto ao vício de iniciativa.

Não se constata essa falha quanto à questionada **Lei Municipal nº 10.521**, de **08.06.22**.

No caso em questão, matéria – saúde pública – **não** é de iniciativa reservada ao Executivo.

Não se encontra no rol de matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, aquelas que envolvem **(a) servidores públicos**; **(b) estrutura administrativa**; **(c) leis orçamentárias; geração de despesas**; e, **(d) leis tributárias benéficas** (**GIOVANI DA SILVA CORRALO** – "O Poder Legislativo Municipal" – Ed. Malheiros – 2008 – p. 82/87).

Dispõe a **Constituição Bandeirante**, ao tratar de **iniciativa privativa** do **Governador do Estado**, em seu art. 24, § 2º:

> *"§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:"*
>
> *"1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;"*
>
> *"2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;"*
>
> *"3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;"*
>
> *"4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;"*
>
> *"5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;"*
>
> *"6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."*

Acesso ao Sumário

Observe-se, ademais, recente orientação do **Colendo Supremo Tribunal Federal** no julgamento da **Repercussão Geral** (**Tema nº 917**) atrelada ao **RE nº 878.911**:

> *"**Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual**. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. **Não ocorrência. Não***

***usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos**. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. **Recurso extraordinário provido**." "Decisão: O Tribunal, **por unanimidade**, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber."* (RE nº 878.911, Tema nº 917 – v.u. j. de 30.09.16 – DJ-e de 11.10.16 – Relator Ministro **GILMAR MENDES**).

Sobre a iniciativa **concorrente** em saúde pública, a posição deste **Eg. Órgão Especial**:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.992, de 29 de abril de 2016, do Município de São José do Rio Preto. Obrigatoriedade de instalação de recipientes com álcool gel antisséptico nas salas de velório dos cemitérios locais. Inconstitucionalidade formal inexistente. Não configurada violação às hipóteses de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Executivo. Hipóteses taxativas, segundo a jurisprudência deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. ***Matéria de saúde pública**. **Iniciativa legislativa concorrente.** III. Inconstitucionalidade material. Não ocorrência. **Norma de caráter geral e abstrato, editada com vistas à tutela da saúde pública**. Inocorrência de usurpação de outras competências administrativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo, previstas no artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo. Inexistência de ofensa à regra da harmonia dos poderes. **Caberá ao Prefeito editar provisões especiais com vistas à regulamentação da lei**. Exercício da gestão dos contratos administrativos e execução de eventuais adaptações necessárias ao fiel cumprimento do diploma legal permanecem reservados à Administração. Interesse público e necessidade de proteção da saúde dos funcionários e usuários das salas de velório possibilitam, em tese, a alteração unilateral das cláusulas regulamentares do contrato de concessão do serviço funerário pelo Poder Concedente, em obediência à nova imposição legal. Alteração contratual, se necessária, que não se mostra substancial. IV. Eventual ruptura da equação econômico-financeira entre os concessionários do serviço funerário e a Administração que deverá ser concretamente comprovada, para que seja possível seu reequilíbrio. Precedente do STF na ADI 3768. Improcedência do pedido."* (destaquei e grifei – ADIn nº 2.178.745-12.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 22.02.17 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**)

Confira-se, ainda, ADIn nº 2.270.842-65.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 27.07.16 – de que fui Relator.

Em suma, a matéria disciplinada pela lei local **não** se encontra no restrito rol de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, a denotar a **inexistência** de **vício formal** no processo legislativo.

Ausente laivo de inconstitucionalidade nesse sentido.

b) Quanto à separação dos poderes.

A **Lei Municipal nº 10.521**, de **08.06.22**, no entanto, fere a **independência** e **separação dos poderes** (*"**Artigo 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."*) e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, **HELY LOPES MEIRELLES**:

> *"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta a sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê* in genere*, o Executivo* in specie*: a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí* ***não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo****, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em* ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, **realizações materiais da Administração** e **tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental**.*"* (destaquei e grifei – "Direito Municipal Brasileiro" – 2021 – 19ª ed. – Ed. JusPodivum e Malheiros Editores – Cap. XI – 1.2. – p. 498).

Como consignou a D. Procuradoria:

> *"Mercê da elevada sensibilidade da lei, sua inciativa parlamentar é inconstitucional porque interfere na disciplina da organização e funcionamento da Administração Pública, afrontando a reserva da Administração, decorrente do princípio de separação de poderes, não se conformando com os arts. 5º e 47, II, XIV, XIX, 'a', da Constituição do Estado, o que é corroborado por interpretação a contrario sensu da tese firmada em sede de repercussão geral (Tema 917).*
>
> *"Isso se verifica, enfaticamente, na fixação de prazo para atendimento da paciente, consistente na expressão 'em prazo máximo de 30 dias' do art. 1º e nos arts. 2º e 3º da Lei n. 10.521, de 8 de junho de 2022, do Município de Santo André, porque, quanto ao mais, é lícito ao Poder*

Acesso ao Sumário

Legislativo, em lei de sua iniciativa, estabelecer, em nível abstrato e genérico, política pública de saúde de atenção ao câncer de mama por meio de diagnóstico precoce, reservada para o Chefe do Poder Executivo a disciplina de como essa obrigação será adimplida – inclusive seu prazo, como julgado (ADI 3.394-AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, 02-04-2007).” (fls. 121/122).

A norma local acaba por **impor obrigações concretas** à Administração Municipal, quais sejam: **(a)** a **instituição** de atendimento obrigatório, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à saúde da mulher para alertar e diagnosticar precocemente câncer de mama; **(b)** o **implemento** de atividades, como palestras, medição de pressão arterial, orientação nutricional e indicação de exames preventivos – *art. 2º*; e **(c)** a **designação de encargos** a servidores municipais (médicos das unidades básicas de saúde, hospitais e demais equipamentos públicos), com estabelecimento de prazo fatal para informar diagnóstico final ao paciente – *art. 3º*.

Houve inequívoca **ingerência** em questões claramente **administrativas**.

Não se volta contra o programa em si, mas contra a **forma** e o *modus operandi* – atos de gestão e organização – pelos quais ele deverá ser efetivado, matéria, inequivocamente, peculiar à esfera de atividade administrativa que, não respeitada, afronta a separação de poderes (primado constitucional não disponível), bem como a reserva da Administração.

Ora, a lei objurgada **não** se limitou a traçar diretrizes para que o Município gerencie a questão, mas **dispôs** sobre a maneira como isso deve ser feito – assumiu os atos de gestão e/ou organização, inclusive conferindo atribuições a setores próprios do Poder Executivo (Secretaria da Saúde).

Os expedientes mencionados devem ficar a cargo do Poder Executivo, cabendo-lhe deliberar a respeito das realizações materiais necessárias e adequadas. **Inadmissível** invasão do **Legislativo** na questão, restando configurada violação ao princípio da separação de poderes.

E, em precedente análogo, da mesma forma decidiu este **Eg. Órgão Especial**:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 7.617, de 13 de março de 2018, do Município de Guarulhos que ***‘autoriza o Poder Executivo a realizar, a cada três meses, mutirão para a disponibilização gratuita de exames de prevenção ao câncer de mama – mamografias – Programa de Prevenção à Saúde da Mulher, e dá outras providências’*** *– Lei de origem parlamentar que,* ***apesar de inspirada por boa intenção para atingir igualmente bons e nobres objetivos, mais que conferir faculdade ao Poder Executivo, impõe-lhe e à Secretaria de Saúde, especialmente, tarefas próprias de administração,***

Acesso ao Sumário

incluindo as de celebração de convênios com entidades da sociedade, conselhos municipais e demais órgãos públicos estaduais ou federais, competências estas últimas para as quais o Chefe do Poder Executivo não depende de autorização do Poder Legislativo *– Lei que* ***não tem caráter programático, autorizativo ou permissivo****, senão determinante de atuação administrativa, e que deve ser implementada, posta em prática e cumprida pelo Poder Executivo –* ***Poder que terá de se aparelhar com os meios funcionais, materiais e financeiros que permitam levar a cabo o cumprimento da lei impugnada*** *– Diploma, portanto, que nitidamente dispõe sobre a atividade administrativa, importando manifesta invasão da esfera constitucional de iniciativa e atuação do Poder Executivo, o que importa ofensa aos princípios da separação de poderes, de iniciativa e da reserva de administração (arts. 5º, caput, §§ 1º e 2º; 24, § 2º, '2'; 47, II, XI, XIV e XIX, 'a', da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta) – Inconstitucionalidade configurada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Alegação de violação do artigo 25 da CE – Improcedência – Ausência de previsão de dotação orçamentária que não implica a existência de vício de inconstitucionalidade, mas apenas a inexequibilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada – Entendimento, pacífico, segundo o qual a falta de especificação da fonte de recursos pode resultar apenas a não implementação da norma no mesmo exercício em que posta em vigor, mas desde logo providenciada sua inserção no orçamento do exercício seguinte – Inexistência de inconstitucionalidade nesse ponto. Ação julgada procedente."* (ADIn nº 2.090.661-64.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.18 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**)

Inequívoca a invasão na seara privativa do Executivo.

Haveria, em outros termos, ofensa ao **princípio constitucional da 'reserva de administração'**. Ele, segundo o **Pretório Excelso**, *"... impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo."* (RE nº 427.574-ED – j. de 13.12.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJE de 13.02.12 e ADI nº 3.343 – j. de 01.09.11 – Plenário – Rel. p/ o Ac. Min. **LUIZ FUX** – DJE de 22.11.11).

Daí a **inconstitucionalidade** da legislação aqui analisada.

c) Quanto à fonte de custeio.

Autor sustenta, ainda, a inconstitucionalidade da norma por ausência de indicação específica da fonte de custeio.

Todavia, entendo **ausente** o vício.

Leis dessa natureza criando despesas, embora não mencionem a fonte de custeio, ou a mencionem de forma genérica, **não** devem ser declaradas in-

constitucionais, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício.

Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência deste **Eg. Órgão Especial** (***v.g.*** ADIn nº 2.143.990-88.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 13.02.19 – Rel. Des. **CRISTINA ZUCCHI**; ADIn nº 2.001.373-71.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 22.05.19 – Rel. Des. **BERETTA DA SILVEIRA**), inclusive em precedentes de minha Relatoria (ADIn nº 2.186.030-85.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 28.11.18; ADIn nº 2.197.259-42.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 05.12.18; ADIn nº 2262824-50.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 24.04.19; ADIn nº 2.256.219-54.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 10.06.20, de que fui Relator).

Nesses termos, à luz desse entendimento, **não** há que se falar em inconstitucionalidade por esse fundamento – ausência de indicação específica de fonte de custeio.

Mais não é preciso acrescentar.

Diante do aludido vício de inconstitucionalidade, impõe-se a invalidação da **Lei Municipal nº 10.521**, de **08.06.22**, do **Município de Santo André**, por afronta aos **arts. 5º, 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual**.

3. Julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2112097-40.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA, é réu CÂMARA MUNICIPAL DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.087)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e FRANCISCO CASCONI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 15 de fevereiro de 2023.
ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação ao art. 4º da Lei nº 9.725, de 06 de maio de 2022, do Município de Piracicaba – Compensação dos dias não trabalhados em razão de greve deflagrada pelos servidores municipais – Vício de iniciativa – Matéria de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Violação do princípio da separação de poderes – Ofensa aos arts. 5º, 24, § 2º, "4", e 144, da Constituição do Estado de São Paulo – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo Prefeito do Município de Piracicaba, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Municipal nº 9.725, de 06 de maio de 2022, que *"Dispõe sobre a recomposição do percentual incontroverso dos vencimentos e salários dos servidores públicos da Administração Direta, Indireta e da Câmara Municipal de Piracicaba, nos termos do despacho exarado nos autos do processo nº 2073289-63.2022.8.26.0000"*.

Em síntese, o autor aduz que, tendo enviado Projeto de Lei à Câmara de Vereadores (PL 92/2022) para o reajuste dos salários dos servidores municipais, houve apresentação de uma emenda ao projeto (Emenda nº 02/2022), que acrescentou ao texto normativo um dispositivo legal autorizando a compensação das faltas decorrentes da greve deflagrada, a critério dos servidores (art. 4º). O projeto foi então aprovado com o texto da referida emenda, sendo submetido à sanção na data de 05/05/2022. Narra que, ao publicar a Lei em questão, vetou o aludido artigo 4º, por vício de iniciativa, cujas razões foram encaminhadas à Câmara em 12/05/2022. Em razão do encaminhamento extemporâneo, a Câmara Municipal sustentou ter havido sanção tácita do dispositivo vetado.

Assevera, ainda, que a Emenda nº 02, que acrescentou o artigo impugnado ao referido Projeto de Lei, recebeu parecer contrário da Comissão Permanente de Legislação, Justiça e Redação. E que mesmo eventual sanção do dispositivo não supriria a falta de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Defende a ocorrência de usurpação de atribuições pertinentes à atividade privativa do Executivo, pelo Legislativo local, no tocante à iniciativa de projeto de lei que disponha sobre a fixação e alterações dos quadros, vencimentos e vantagens do pessoal da administração pública direta e indireta, ferindo o princípio da independência e harmonia entre os poderes. Refere ofensa ao art. 61, §

Acesso ao Sumário

1º, II, "a" e "b", da Constituição Federal, arts. 5º e 24, § 2º, 4, da Constituição Estadual e arts. 132, X, e 119 da Lei Orgânica do Município. Alega legitimidade do desconto dos dias parados. Pede o deferimento de liminar, para a suspensão dos efeitos do dispositivo impugnado, e, ao final, a procedência da ação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal.

A liminar foi deferida (fls. 99/100), para suspensão da vigência e eficácia do artigo de Lei impugnado.

A Câmara de Vereadores prestou informações (fls. 113/116), ressaltando que as Emendas Parlamentares apresentadas ao projeto de Lei receberam parecer contrário da Comissão de Legislação, Justiça e Redação, sob o fundamento de usurpação de competência do Poder Executivo e, no caso da Emenda 2, também sob o fundamento de "contrabando legislativo", ou seja, ausência de pertinência temática da Emenda com a propositura original, mas o parecer contrário à Emenda 1 foi acatado pelo Plenário, sendo certo que o parecer contrário à Emenda 2 foi rejeitado em Plenário, prosseguindo-se com a propositura e aprovação da legislação, com a alteração legislativa em discussão.

Regularmente citada, verifica-se que a Procuradoria-Geral do Estado deixou de se manifestar no feito (fls. 124).

Encaminhados os autos à D. Procuradoria-Geral de Justiça para parecer, esta opinou pela procedência do pedido (fls. 129/137).

É o relatório.

A Lei nº 9.725, de 06 de maio de 2022, do Município de Piracicaba, que *"Dispõe sobre a recomposição do percentual incontroverso dos vencimentos e salários dos servidores públicos da Administração Direta, Indireta e da Câmara Municipal de Piracicaba, nos termos do despacho exarado nos autos do processo nº 2073289-63.2022.8.26.0000 e de acordo com as competências fixadas no inciso I, § 2º do art. 117 da LOMP"* tem o seguinte teor, no dispositivo ora impugnado:

"LEI Nº 9.725, DE 6 DE MAIO DE 2022

(...)

Art. 4º As faltas ao trabalho decorrentes da greve deflagrada pelos servidores do Município de Piracicaba, podem ser compensadas, conforme a escolha do servidor, em cada secretaria ou órgão da Administração Municipal, da seguinte forma:

I – reposição diária de, no mínimo trinta minutos e no máximo duas horas, antes ou depois do seu expediente normal, em planilha de apuração a ser elaborada pelos gestores dos recursos humanos da municipalidade, abrangendo o ano em curso e os posteriores;

II – desconto dos dias em férias anuais vencidas ou a vencer;

Acesso ao Sumário

III – desconto dos dias em férias-prêmio vencidas ou a vencer;

IV – desconto dos dias, de uma só vez, do total das faltas abonadas que possam ser usadas no corrente ano e nos seguintes, se necessário, até completar o ciclo de reposição;

V – desconto dos dias trabalhados extraordinariamente em campanhas institucionais promovidas pela Municipalidade e os dias de laborados em favor da Justiça Eleitoral, cujas horas trabalhadas terão o acréscimo de cem por cento sobre a hora normal;

VI – desconto, com a concordância do gestor responsável, em atividades além da carga horária diária, inclusive aos sábados, pontos facultativos e feriados, nesses últimos com o acréscimo de cem por cento sobre a hora normal, ministrando aulas, cursos e palestras ou em substituição de profissionais da sua área de atuação;

VII – por outra modalidade de desconto que seja favorável à Administração Municipal e ao servidor optante, mediante acordo entre as partes, homologado pelo sindicato da categoria.

§ 1º Aos servidores optantes do disposto nesta Lei não serão efetuados descontos pecuniários, tampouco, produzirão prejuízo de qualquer espécie em razão de greve da categoria, considerando-se os dias repostos como úteis para todos os efeitos legais.

§ 2º Na ocorrência de decisão judicial, a ordem será cumprida, podendo haver composição entre as partes, se assim for permitida."

Pois bem.

Primeiramente, e como bem ressaltado pelo ilustre representante do Ministério Público, no parecer de fls. 129/137:

"De início, cabe observar ser vedado o contraste da lei local impugnada com normas infraconstitucionais, como a Lei Orgânica do Município, sendo a advertência oportuna porque a petição inicial faz alusão também a esse parâmetro (fls. 04 e 26).

À luz do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, *o contencioso abstrato, concentrado, direto e objetivo de lei ou ato normativo municipal tem como exclusivo parâmetro a Constituição Estadual.*

Qualquer alegação fundada em norma infraconstitucional não merece cognição, tendo em vista que é 'inviável a análise de outra norma municipal para aferição da alegada inconstitucionalidade da lei' (STF, AgR-RE 290.549-RJ, 1ª Turma, Ministro Dias Toffoli, 28-02-2012, DJe 29-03-2012), e 'a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade' (STF, AgR-ADI 3.790-PR, Tribunal Pleno, Ministro Menezes Direito, 29-11-2007, DJe 01-02-2008)."

Acesso ao Sumário

Nesse passo, impossível o exame abstrato de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça do Estado, a partir de parâmetros de controle contidos em legislação federal, estadual ou municipal, sendo inadmissível o contraste da norma municipal impugnada com outro parâmetro para além da Constituição Estadual, salvo quando reproduza, imite ou remeta a preceito da Magna Carta (ou se trate de norma de observância obrigatória), nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal.

Bem assim, como dito e expresso nas normas constitucionais regentes da espécie (arts. 125, § 2º, da CF e 74, VI, CE), o controle concentrado de constitucionalidade do ato normativo a cargo desta Corte somente pode se dar em face da Constituição do Estado, o que exclui a impugnação por descumprimento ou violação de preceitos da Lei Orgânica Municipal, da Constituição Federal ou infraconstitucionais.

No mérito, de fato, a demanda é procedente, visto que o art. 4º da Lei nº 9.725/2022, do Município de Piracicaba, que se originou de Emenda Parlamentar ao projeto de lei apresentado pelo Sr. Prefeito Municipal, efetivamente invade a esfera de atribuição reservada ao Chefe do Poder Executivo, incorrendo em irreversível vício de iniciativa.

Vale lembrar que a matéria tratada no dispositivo legal impugnado é atinente à organização administrativa e à remuneração dos servidores públicos, sendo, portanto, de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 24, § 2º, 1 e 4, da Constituição Estadual – aplicável aos Municípios por força do art. 144 –, e não do Poder Legislativo, como ocorreu.

Assim sendo, incumbe ao Prefeito a deflagração de processos legislativos relativos aos servidores públicos, seu regime jurídico e sua remuneração, consoante se assinalou. O que não foi respeitado no caso em tela, data vênia.

Como, ademais, salientado pelo D. Subprocurador-Geral de Justiça, em sua manifestação:

*"Da interpretação das **normas básicas que regem o processo legislativo** e que são de **reprodução obrigatória** em todas as órbitas de poder, há, como discorrido, limitações ao poder de emendar projetos de lei de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo para evitar tanto o aumento de despesa não prevista inicialmente, **quanto a desfiguração da proposta inicial, seja pela inclusão de regra que com ela não guarde pertinência temática, seja ainda pela alteração extrema do texto originário, que rende ensejo a regulação praticamente e substancialmente distinta da proposta original**, como verificado na espécie.*

(...)

Assim, se a exclusividade é conferida quanto à regulamentação dos interesses referentes à matéria reservada, claro está que poder de emenda assinado

Acesso ao Sumário

ao Poder Legislativo encontra aí um outro limite de atuação, não se podendo admitir emendas que modifiquem a essência do projeto de lei, pois isso configuraria infração à regra da reserva de iniciativa.

(...)

Ainda em relação ao art. 4º da Lei nº 9.725, de 06 de maio de 2022, ora impugnado, não bastasse a ausência de pertinência temática, anoto que as regras acerca do regime jurídico dos servidores públicos são da ***iniciativa legislativa reservada*** *ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 24, § 2º, 4, da Constituição Estadual, de modo que sua disciplina exclusivamente pelo Poder Legislativo viola a* ***cláusula da separação de Poderes*** *constante do art. 5º da Constituição Estadual."*

De outra parte, no julgamento do Dissídio Coletivo nº 2073289-63.2022.8.26.0000, ao qual se refere a presente ação direta de inconstitucionalidade, decidiu-se **que se afigura lícito o desconto, pela Municipalidade, relativo aos dias não trabalhados, decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores que a ela aderiram, tendo em vista que a participação em movimento paredista suspende o contrato de trabalho, independentemente da declaração de abusividade ou não da greve**, segundo o entendimento firmado pela jurisprudência desta Corte de Justiça.

Com efeito, em relação ao desconto dos dias parados, bem como às verbas e bonificações retiradas dos servidores que aderiram ao movimento grevista, incide o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 693.456, com Repercussão Geral reconhecida, em que se fixou a seguinte tese: *"A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo"* (RE 693.456, Relator: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-238 DIVULG 18-10-2017 PUBLIC 19-10-2017 – TEMA 531).

Acesso ao Sumário

Constata-se, pois, que se acolheu a tese de que a falta decorrente de participação do servidor em movimento paredista é considerada ausência injustificada, o que, segundo o referido entendimento, autoriza o não pagamento dos dias trabalhados. Todavia, assinala-se que tal situação não é impeditiva de que, mediante acordo, esse desconto possa ser compensado. Entretanto, a proposta de compensação decorre de juízo discricionário da Administração Pública Municipal, não podendo ser imposta pelo Poder Legislativo, como se viu na hipótese em análise.

Destarte, havendo, *in casu*, violação do disposto nos artigos 5°, 24, § 2º, "4", e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo, de rigor o acolhi-

mento do pleito formulado na inicial, declarando-se a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, com efeito *ex tunc*.

Pelo exposto, **julga-se procedente a ação**, para a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 9.725, de 06 de maio de 2022, do Município de Piracicaba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2191416-57.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITATINGA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITATINGA.

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 41.219)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, 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 e JACOB VALENTE.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Pretensão em desfavor da Lei Municipal nº 2.336, de 15 de setembro de 2021, que "Institui o programa de CAD (Censo de animais domésticos) do Município de Itatinga".

Alegação de vício de iniciativa.

Imposição de atribuições específicas ao Executivo, especialmente à Secretaria Municipal do Meio Ambiente, definindo o modo de atuação dos agentes designados, inclusive com a estipulação das disposições que

Acesso ao Sumário

devem constar do questionário padrão.

Incumbências vinculadas à organização, planejamento, gestão e execução de serviços públicos a serem prestados por órgãos da administração. Matéria reservada ao Chefe do Executivo. Vulneração ao princípio da separação dos Poderes. Infringência aos artigos 5º; e 47, II, XIV, XIX, "a", da Constituição Estadual.

Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Prefeito do Município de Itatinga em face da Lei Municipal nº 2.336, de 15 de setembro de 2021, que *"Institui o programa de CAD (Censo de animais domésticos) do Município de Itatinga"*.

Sustenta o autor: (i) norma impugnada viola os artigos 5º, 47, incisos II, XIV, XIX , "a", e 144, todos da Constituição Estadual; (ii) atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades são de competência reservada do Poder Executivo; (ii) por ser de autoria parlamentar, a lei fustigada vulnera o princípio da separação dos poderes; (iii) inexistem meras diretrizes mas efetivos encargos atribuídos à administração municipal; (iv) necessidade de concessão de medida provisória cautelar.

Determinado o processamento, sem a concessão de liminar pleiteada, que objetivava suspender a eficácia do ato impugnado (f. 21/24).

A Câmara Municipal prestou informações (f. 32/34), sustentando a regularidade do processo legislativo.

A Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar (f. 37).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial do pedido para declarar a inconstitucionalidade apenas dos artigos 2º e 3º da Lei nº 2.336, de 15 de setembro de 2021, do Município de Itatinga (f. 44/50).

É o relatório.

A ação é procedente.

A pretensão é de que seja declarada a inconstitucionalidade, por vício formal, da Lei Municipal nº 2.336, de 15 de setembro de 2021, que *"Institui o programa de CAD (Censo de animais domésticos) do Município de Itatinga"*.

A norma está assim redigida:

LEI Nº 2.336/2021

Institui o programa de CAD (Censo de animais domésticos) do Município de Itatinga.

(Projeto de Lei de autoria da Vereadora Fernanda Honório).

Acesso ao Sumário

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITATINGA, Estado de São Paulo. Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º – Fica instituído no Município de Itatinga o Programa Municipal permanente de reconhecimento do número e localização dos animais domésticos (cães e gatos), intitulado "Censo de Animais Domésticos" (CAD), com o objetivo de diagnosticar a situação desses animais para a proposição de políticas e programas específicos para solução de eventuais problemas identificados.

2º – A realização do CAD caberá a Secretaria Municipal do Meio Ambiente que deverá efetivá-lo, anualmente, através de agentes designados, podendo ser aproveitados aqueles já utilizados em outros programas (que realizam visitas periódicas nas residências do Município), bem como, fica autorizado a firmar convênio com organizações não governamentais e de ensino, para a viabilização desta Lei.

3º – Os agentes designados, em suas visitas casa à *casa, deverão preencher questionário padronizado e distribuído pela Secretaria Municipal de Saúde contendo, no mínimo, os seguintes itens:*

a) número de animais de estimação;

b) espécie do animal;

c) sexo do animal;

d) condição reprodutiva (esterilizado ou não);

e) tipo de alimentação e período que é fornecida;

f) condições do abrigo do animal;

g) identificação do visitador;

4º – Os custos de execução desta lei correrão por conta de dotações próprias, consignadas no orçamento.

5º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Câmara Municipal de Itatinga, aos 15 de Setembro de 2021. (f. 19/20).

Os artigos 5º e 47, incisos II, XIV, XIX, alínea "a", da CE, invocados pelo autor e aplicáveis ao Município por força do disposto no art. 144 da mesma Carta, assim dispõem acerca da separação dos Poderes e atribuições do Chefe do Executivo, especialmente quanto à matéria de iniciativa de lei:

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Artigo 47 – *Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*

II – *exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;*

Acesso ao Sumário

***XIV** – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;*

***XIX** – dispor, mediante decreto, sobre: (NR) – Inciso XIX acrescentado pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006.*

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos; (NR)

***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.*

Pois bem. O princípio da separação dos Poderes reproduzido no art. 5ª, *caput*, da Carta Paulista, está também sufragado pelo art. 2º da Constituição Federal, que impõe uma repartição tripartite das funções essenciais do Estado Democrático de Direito, de modo a sustentar uma simultânea e recíproca relação de harmonia e independência entre as atribuições legiferante, executiva e jurisdicional.

Para tanto as normas constitucionais definem competências e, por consequência, restrições à atuação dos Poderes, a fim de conceder organicidade a um sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) e assim permitir o equilíbrio das forças atuantes em contrariedade ao risco do arbítrio.

Preleciona Celso Ribeiro Bastos: *"O princípio da separação dos poderes está consagrado em nosso Código Político desde 1824. Na constituição vigente, está no art. 2º, que diz: 'São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário'. Note-se que a Lei Maior refere-se a ele ainda uma vez no seu art. 60, § 4º, III. Cuida-se aí de enunciar quais as matérias insuscetíveis de serem objeto de uma emenda constitucional, dentre elas figura 'a separação dos poderes'. É, portanto, um princípio insuprimível da nossa Constituição. Isto presta-se, sem dúvida, a revelar a importância que o constituinte lhe dispensou"* (Curso de Direito Constitucional, 14ª edição, p. 302).

Sobre as atribuições do chefe do executivo municipal, ensina Hely Lopes Meirelles: *"Leis de iniciativa exclusiva do Prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais"* (Direito Municipal Brasileiro, 15ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, p. 732-33).

Acesso ao Sumário

Segundo a tese firmada pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 878911 pela técnica da repercussão geral (Tema 917): *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)"*.

Diante desse cenário, a norma fustigada ao fixar atribuições específicas ao Executivo, especialmente à Secretaria Municipal do Meio Ambiente, e ao definir o modo de atuação dos agentes designados, inclusive com a estipulação das disposições que devem constar do questionário padrão (artigos 2º e 3º), vulnera a órbita de competência reservada à Administração, notadamente, ao tratar da organização, planejamento, gestão e execução de serviços públicos.

Com efeito, tais preceitos contestados delineiam com detalhes a qual órgão compete e o que cabe na atividade censitária a ser desempenhada.

Observa-se no art. 2º da norma em debate que o censo *"caberá a Secretaria Municipal do Meio Ambiente que deverá efetivá-lo, anualmente, através de agentes designados, podendo ser aproveitados aqueles já utilizados em outros programas (que realizam visitas periódicas nas residências do Município), bem como, fica autorizado a firmar convênio com organizações não governamentais e de ensino, para a viabilização desta Lei"*.

Já o artigo 3º vem a esmiuçar o que obrigatoriamente deve constar no questionário padronizado a ser preenchido pelos agentes designados.

Nada obsta que o Poder Legislativo estabeleça o que o Executivo pode ou deve fazer, mas não como fazê-lo, uma vez que a escolha da maneira como cumprir as obrigações fixadas pelo Parlamento se amolda à discricionariedade, segundo o espectro de alternativas a ser sopesado pela Administração, não havendo na hipótese competência vinculada.

Todavia, como a supressão dos referidos artigos 2º e 3º retira a exequibilidade do texto normativo, melhor se afigura, a bem do interesse público, declarar a lei integralmente inconstitucional. Cumpre salientar que o móvel do aludido diploma legal em todo seu encadeamento encerra imposição de atribuição de ato de gestão ao Executivo, que não poderia derivar de projeto de iniciativa de membro do Legislativo.

Vislumbrável a ocorrência de transgressão à matéria de competência privativa do alcaide, nos termos dos artigos 5º e 47, incisos II, XIV, XIX, "a", da Constituição Estadual.

A invasão pelo órgão legiferante de temática característica da função do Chefe do Executivo afronta a independência e harmonia dos Poderes.

Conforme anota Uadi Lammêgo Bulos *"O Supremo Tribunal Federal tem declarado inconstitucional o desrespeito às matérias reservadas à iniciati-*

Acesso ao Sumário

va do Poder Executivo, dada a sua implicação com o princípio fundamental da separação de Poderes (RDA, 215:270-8; 188:139, rtj, 159:736)" (Constituição Federal Anotada, 11ª edição, p. 920).

No mesmo sentir, precedentes deste Órgão Especial atinentes à Separação dos Poderes:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 10.484/2022, DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, A QUAL INSTITUIU A CARTEIRA MUNICIPAL DE SAÚDE DA MULHER, DANDO OUTRAS PROVIDÊNCIAS – ***LEI IMPUGNADA QUE NÃO SE LIMITOU A ESTABELECER REGRAS PROGRAMÁTICAS, GENÉRICAS E ABSTRATAS A SEREM ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA, MAS, SIM, DELIMITOU SUA FORMA E MODO DE AGIR E, DESSA MANEIRA, INTERFERIU EM ATOS DE PLANEJAMENTO, ORGANIZAÇÃO E GESTÃO ADMINISTRATIVA, MATÉRIA CUJA INICIATIVA LEGISLATIVA É RESERVADA EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO*** *– VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, 47, INCISOS II, XIV E XIX, ALÍNEA "A", E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE (ADI nº 2119923-20.2022.8.26.0000, Rel. Des. MATHEUS FONTES, j. 19.10.2022, g.n.).*

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Catanduva. Lei nº 6.244, de 4 de março de 2022, do Município de Catanduva, que "Dispõe sobre a instituição do PETE – Programa Educação de Trânsito nas Escolas – da rede pública municipal de ensino e dá outras providências". ***Diploma legal que afronta o princípio da reserva geral de administração ao se imiscuir na gestão administrativa municipal, invadindo o âmbito de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, em evidente violação ao princípio da separação dos poderes.*** *Ofensa aos artigos 5º e 47, II, XIV e XIX, "a" da Carta Estadual, da Constituição Estadual/SP. Inconstitucionalidade verificada. AÇÃO PROCEDENTE (ADI nº 2064306-75.2022.8.26.0000, Rel. Des. JARBAS GOMES, j. 05.10.2022, g.n.).*

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS CONTRA A LEI MUNICIPAL 8.010/2022, QUE INSTITUI O PROGRAMA VETERINÁRIO SOLIDÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. 2. ***MATÉRIA DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.*** *VIOLAÇÃO DOS ARTS. 47, II, XIV E XIX, "A", E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 3. AÇÃO PROCEDENTE. (ADI nº 2149821-78.2022.8.26.0000,*

Acesso ao Sumário

Rel. Des. CAMPOS MELLO, j. 28.09.2022, g.n.).

Ante o exposto, **julga-se procedente** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.336, de 15 de setembro de 2021, que *"Institui o programa de CAD (Censo de animais domésticos) do Município de Itatinga"*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2084423-87.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ADEMIR BENEDITO (COM DECLARAÇÃO) E FÁBIO GOUVÊA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.178)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS, vencedor, ADEMIR BENEDITO, vencido, RICARDO ANAFE (Presidente), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

São José do Rio Preto. Lei nº 14.160/22, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a permissão de diversas paradas, no trajeto ao longo das linhas do transporte público municipal.

Violação à Separação dos Poderes. Ocorrência. Cabe ao Executivo a gestão administrativa. Desrespeito ao

Acesso ao Sumário

princípio constitucional da 'reserva de administração' e separação dos poderes. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual).

Princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Inconstitucionalidade. Aumento de paradas, além das previstas no edital de concessão do serviço, acarretará no aumento do custo do serviço, afetando o necessário equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em clara violação a preceito constitucional (art. 117 da Constituição Estadual). Precedentes. Afronta aos arts. 5º, 47, inciso XIV, 117 e 144 da Constituição Bandeirante.

Ação procedente.

VOTO

1. Relatório já nos autos.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito do Município de São José do Rio Preto, tendo por objeto a **Lei Municipal nº 14.160**, de **08.04.22**, dispondo sobre a permissão de parada, no trajeto ao longo das linhas do transporte público municipal, nos loteamentos de chácaras do município.

Assim dispõe a lei impugnada:

"Art. 1º – Fica permitido realizar diversas paradas ao longo do trajeto já estabelecido dentro dos loteamentos de chácaras no município de São José do Rio Preto, conforme solicitação do usuário."

"Art. 2º – Esta lei entra em vigor na data da sua publicação." (fl. 10).

O Exmo. Relator não vislumbrando vício a macular a norma, propõe o **desacolhimento** da ação.

Todavia, ***data maxima venia***, entendo ser o caso de reconhecer a inconstitucionalidade da norma.

A **Lei nº 14.160/22**, como posta, fere a **independência** e **separação dos poderes** ("***Artigo 5º*** *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*" – Constituição Bandeirante) e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

No âmbito local, observa, com a síntese dos doutos, **HELY LOPES MEIRELLES**:

"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câma-

Acesso ao Sumário

ra elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê in genere*, o Executivo* in specie*: a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí* ***não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo****, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em* ordens, proibições, **concessões**, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, **realizações materiais da Administração** e **tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental.”** (destaquei e grifei – “Direito Municipal Brasileiro” – 2021 – 19ª ed. – Ed. JusPodivm e Malheiros Editores – Cap. XI – 1.2. – p. 498).

A legislação municipal questionada – ao permitir a realização de diversas paradas ao longo das linhas de transporte público coletivo – acarretou inequívoca **ingerência** em questão claramente **administrativa**.

A prestação de serviço público deve ficar a cargo do Poder Executivo, cabendo-lhe deliberar a respeito das **realizações materiais necessárias** e adequadas ao atendimento das demandas da população local. **Inadmissível** invasão do **Legislativo** dessa natureza, restando configurada violação ao **princípio da separação de poderes**.

A determinação de paradas ao longo do trajeto desenvolvido pelas prestadoras do serviço de transporte público coletivo de passageiros, encontra-se, *data maxima venia*, inteira e exclusivamente do âmbito das atividades próprias à Administração.

Em complemento a esse ponto, concluiu **HELY LOPES MEIRELLES**:

“... a Câmara (...) ***não pode é prover situações concretas****, por seus próprios atos ou impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de suas exclusivas competências e atribuições.”* (destaquei e grifei – op. cit. idem. ibidem.).

Trata-se, inequivocamente, de matéria **não** circunscrita a **poder de polícia** ou **ordenação urbana**. Lei impugnada é **especificamente destinada** às prestadoras de serviço público, caracterizando **regulação do serviço público.**

Norma, ainda por **não** especificar a quantidade de paradas, outorgando ao usuário a faculdade de solicitar onde e quando melhor lhe convier, **onera** prestadores do serviço público, afetando o necessário **equilíbrio econômico-financeiro**, a ser observado nos contratos administrativos, máxime quando tal serviço usualmente é prestado em regime de concessão cujo trajeto com os respectivos pontos de parada são apresentados aos proponentes que elaboram suas

Acesso ao Sumário

propostas de acordo com o itinerário apresentado, em clara violação a preceito constitucional ("***Artigo 117*** *– Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*" – Constituição Bandeirante).

Além do mais a realização de 'diversas paradas' aumentará sobremaneira o tempo de desenvolvimento do trajeto, prejudicando os demais usuários e tornando a prestação do serviço, caso não de forma inadequada, no mínimo, com sérios comprometimentos, máxime com a generalidade dos eventuais solicitantes.

Não se trata de situação excepcional a amparar, como inclusive, reiteradamente, este **C. Órgão Especial** vem admitindo, por exemplo o embarque e desembarque de idosos e mulheres fora dos pontos de parada em horário noturno, no município de Jundiaí (ADIn nº 2.009.446-27.2022.8.26.0000 – v.u. j. de 11.05.22 – Rel. Des. **VIANNA COTRIM**); desembarque de mulheres em local viável, ainda que fora do ponto de parada, no período noturno, no município de Ribeirão Preto (ADIn nº 2.176.353-65.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 07.02.18 – Rel. Des. **SALLES ROSSI**); desembarque de mulheres, idosos e pessoas com mobilidade reduzida fora dos pontos de parada, no período noturno, no município de Mauá (ADIn nº 2.079.275-71.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 08.11.17 – Rel. Des. **AMORIM CANTUÁRIA**); desembarque de mulheres fora do ponto de parada, das 22h às 6h, no município de Mauá (ADI nº 2034559-56.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 18.10.17 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**); desembarque de idosos fora do ponto de parada, no município de Ribeirão Preto (ADIn nº 2.020.334-31.2017.8.26.0000 – v.u. j. 05.07.17 – Rel. Des. **SÉRGIO RUI**); embarque e desembarque de passageiros com deficiência em local de maior conveniência, no município de São José do Rio Preto (ADIn nº 2.037.901-12.2016.8.26.0000 – p.m. de v. de 17.08.16 – de que fui Relator).

Como se vê, havia nesses casos, situação excepcional – proteção da integridade física de idosos, mulheres e portadores de necessidade especiais – a justificar tal medida. Situação **diversa** do presente caso quando se permite o desembarque, em qualquer local, ainda que ao longo do itinerário, solicitado por qualquer pessoa, em qualquer horário.

Invadiu-se, inequivocamente, seara privativa do Executivo.

Haveria, em outros termos, ofensa ao **princípio constitucional da 'reserva de administração'.** Ele, segundo o **Pretório Excelso**, *"... impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo."* (destaquei – RE nº 427.574-ED

Acesso ao Sumário

– j. de 13.12.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJE de 13.02.12 e ADI nº 3.343 – j. de 01.09.11 – Plenário – Rel. p/ o Ac. Min. **LUIZ FUX** – DJE de 22.11.11).

Nesses termos, à luz desses entendimentos, impõe-se a invalidação da **Lei nº 14.160/22**, por afronta aos **arts. 5º, 47, inciso XIV, 117 e 144 da Constituição Estadual**.

Diante do aludido vício de inconstitucionalidade, pelo meu voto, **invalida-se** a **Lei nº 14.160, de 08.04.22**, do município de **São José do Rio Preto**, por afronta aos **arts. 5º, 47, inciso XIV, 117 e 144 da Constituição Estadual**.

3. Julgo procedente a ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 53.154)

Respeitado entendimento em contrário da d. maioria, entendo ser caso de improcedência da ação.

A presente ação pretende discutir a constitucionalidade da Lei Municipal nº 14.160, de 08 de abril de 2022, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a permissão de parada, no trajeto ao longo das linhas do transporte público municipal, nos loteamentos de chácaras do Município de São José do Rio Preto". Referida Lei assim dispõe:

"Art. 1º Fica permitido realizar diversas paradas ao longo do trajeto já estabelecido dentro dos loteamentos de chácaras no município de São José do Rio Preto, conforme solicitação do usuário.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Segundo a inicial, o diploma afronta os artigos 5º, *caput*; 74, inciso VI; 111, *caput*; 144, *caput* e 180, *caput*, todos da Constituição Estadual:

"Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

"Artigo 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente

(...)

VI – a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição;

(...)"

"ARTIGO 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacio-

Acesso ao Sumário

nal, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência."

"Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

"ARTIGO 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão "

Afirma o requerente que o diploma impugnado interfere na gestão administrativa, por isso que dispõe sobre o funcionamento de serviços públicos, cria obrigações para a administração local, invade função típica de gestão da Administração Pública. Aponta, ainda, que a Lei impugnada vulnera o princípio da separação de poderes e a reserva de iniciativa do Poder Executivo, ao qual toca a iniciativa legiferante sobre a matéria em questão.

Observa-se que a lei em exame pretende possibilitar paradas de ônibus urbanos em pontos de trajeto já estabelecido pela Municipalidade, sem alterar o percurso definido pelo Executivo e sem determinar acréscimo de veículos ou novos trajetos.

Anote-se que não há na lei em questão qualquer disposição específica sobre o transporte urbano e que, portanto, poderia invadir a competência legislativa da União e dos Estados para fixar normas gerais sobre essas matérias.

Trata-se de norma municipal editada com base no interesse local (artigo 30, I, CF), não desobedecendo ao princípio do pacto federativo e não afrontando o princípio da harmonia entre os Poderes, ao atuar nos limites da competência concorrente suplementar dos Municípios, não criando norma substantiva ou específica sobre transporte público.

No que trata às alegações de violação aos artigos 5º, 24, § 2º, inciso I, 47, incisos II e XI, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como aos princípios da separação dos poderes e da razoabilidade, vale salientar que subsome-se à perfeição no caso vertente a tese fixada pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 917 de Repercussão Geral, cujo enunciado dispõe que "não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não tratada sua estrutura ou atribuição de seus órgãos e nem do regime jurídico dos servidores públicos (art. 61, par. 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)" (A.R.E. 898.911, Pleno, 29.09.2016, Rel. Min. GILMAR MENDES).

Acesso ao Sumário

As disposições da Lei municipal nº 14.160/2022 não cria NEM extingue Secretarias e órgãos do Poder Executivo Municipal; não cria ou extingue cargos, funções ou empregos públicos, e não fixa a respectiva remuneração; igualmente não dispõe sobre servidores públicos e tampouco sobre os respectivos regimes

jurídicos.

Não se sustenta, portanto, o argumento de que a matéria disposta na lei impugnada estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Executivo Municipal.

Dessa maneira, ao dispor de matéria de interesse local, sem relação com matéria estritamente administrativa afeta ao Poder Executivo na qualidade de atos de gestão ou de governo (art. 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, e 144 da Constituição Paulista), não se vislumbra irregularidade na iniciativa parlamentar, descabendo falar em vício de iniciativa.

E como apontou a D. Procuradoria Geral de Justiça, ao Poder Legislativo será consentido estabelecer o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, mas não como fazê-lo e dentre os princípios e conceitos da política pública, a norma enfocada não descreve obrigações para sua execução.

Outrossim, em nenhum dispositivo do diploma legal são criadas obrigações para sua execução pela Administração Pública, ao contrário, foi deixado à critério do Executivo a forma de execução e custeio do projeto.

Destarte, não há que se falar, igualmente, em invasão de competência privativa do Poder Executivo Municipal para cuidar das questões afetas à gestão administrativa, nas letras do disposto nos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, da Constituição do Estado de São Paulo.

Pelo exposto, julgo improcedente a presente ação, nos termos explicitados.

ADEMIR BENEDITO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2142001-08.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SERRA NEGRA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SERRA NEGRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.388)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO,

Acesso ao Sumário

CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 4439/2021, DO MUNICÍPIO DE SERRA NEGRA, QUE ATRIBUI À VIA PÚBLICA NOME DE PESSOA VIVA. INADMISSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. CONFIGURADA VIOLAÇÃO AO ART. 111 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES. NECESSÁRIA MODULAÇÃO PARA PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS QUANTO A ALTERAÇÃO DE NOME, CONFECÇÃO DE PLACA DE IDENTIFICAÇÃO, ENTRE OUTRAS.

AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da Lei nº 4.439, de 28 de setembro de 2021, do Município de Serra Negra, que atribui à via pública nome de pessoa viva.

Alega o autor que o diploma em questão contraria frontalmente o artigo 111 da Constituição Paulista, eis que, ao conferir a bem público o nome de pessoa viva, deixa de observar preceito constitucional que veda a promoção da imagem pessoal do homenageado, violando os princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste colendo Órgão Especial, razão pela qual requer a declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada (fls. 01/09 e documentos de fls. 10/40).

Acesso ao Sumário

O Prefeito do Município de Serra Negra prestou informações, alicerçando a edição do texto objurgado no artigo 347 da Lei Orgânica Municipal, vigente há mais de 18 (dezoito) anos, que autoriza a atribuição de nome de pessoa viva com mais de 65 (sessenta e cinco) anos em bens públicos, desde que tenha

prestado relevantes serviços ou alcançado notório destaque em nível municipal, estadual ou nacional; outrossim, argumenta que a Carta Magna e a Constituição Bandeirante não trazem qualquer proibição expressa de que se dê o nome de pessoa viva a próprios públicos, sendo que a proibição está em favorecer indevidamente o homenageado, não em lhe prestar justas homenagens; por fim, pugna pelo reconhecimento da constitucionalidade da norma ou, acaso declarada a sua inconstitucionalidade, a modulação de efeitos, visto que a inexistência de modulação traria sérios prejuízos aos cidadãos e à municipalidade, haja vista os diversos imóveis cadastrados na referida rua (fls. 56/62).

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Serra Negra, atestando a regularidade de todo o processo legislativo que culminou na aprovação e edição do diploma combatido, aprovado com base no artigo 347 da Lei Orgânica Municipal (fls. 64/69).

Sem manifestação do d. Procurador Geral do Estado em defesa da norma (certidão de fls. 50).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 112/119).

É o relatório.

Prima facie, 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 Orgânica do Município, conforme se observa nas informações prestadas pelo Prefeito e pelo Presidente da Câmara Municipal de Serra Negra.

Neste sentido, 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].

No mérito, a ação é procedente.

A Lei nº 4.439, de 28 de setembro de 2021, do Município de Serra Negra, que *"dá denominação à Via Pública"*, assim estabelece:

> "O PREFEITO MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA HIDROMINERAL DE SERRA NEGRA, no uso de suas atribuições legais,
>
> FAZ SABER que a Câmara Municipal aprovou e ele sanciona e promulga a seguinte lei:
>
> Art. 1º a Rua '01', do Loteamento Residencial Araucária, Bairro dos Francos, Serra Negra/SP, passa a denominar-se 'RUA PREFEITO DR. SIDNEY ANTONIO FERRARESSO'.

1 ADI 416 AgR, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014.

Acesso ao Sumário

Art. 2º Fica o Poder Executivo autorizado a proceder à confecção da placa indicativa respectiva da referida denominação.

Art. 3º As despesas decorrentes com a execução da presente Lei correrão por conta de verbas próprias do orçamento vigente, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário."

Alega o autor que a Lei impugnada contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal, por violação aos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, insculpidos no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, eis que atribuiu a via pública nome de pessoa viva com notória participação na vida política recente do Município de Serra Negra.

E de razão se assiste.

Ora, ao atribuir a logradouro nome de pessoa viva, sem embargo da intenção em homenagear cidadão de importância no Município, a norma fere os princípios da moralidade da impessoalidade insculpidos no artigo 111 da Constituição Paulista.

Acerca do conceito de moralidade, ensina FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO que:

"(...) Todavia, a consagração expressa da moralidade administrativa como um dos princípios fundamentais da Administração veio enfatizar e reforçar a necessidade de um exame aprofundado dos pressupostos de validade dos atos administrativos, de molde a verificar se tais atos guardam consonância com os fins legais, assentam em motivo juridicamente qualificado, observam a igualdade de tratamento entre os administrados, guardam proporcionalidade ao sacrifício que acarretam a direitos individuais e se pautam pela lealdade e boa-fé em relação a seus destinatários. Em suma, a moralidade administrativa impõe um padrão de regularidade tanto no plano formal como no plano ético, que repele qualquer desvio em relação aos valores resguardados pelo sistema normativo e aos fins legalmente assinalados.

(...)

É oportuno lembrar que o princípio da moralidade convive com outros princípios constitucionais, tais como o da legalidade, da publicidade e da impessoalidade, de tal sorte que sua interpretação não pode comprometer a coexistência harmônica entre eles. (...). Por igual, não será de admitir que em nome da moralidade administrativa se adote orientação ou entendimento que possa importar qualquer comprometimento ao princípio da impessoalidade. O que se quer enfatizar é a impossibilidade de adoção, pelos agentes públicos de qualquer nível, à sombra do princípio da moralidade administrativa, de juízos subjetivos, ainda que

Acesso ao Sumário

inspirados em diretrizes éticas, que acarretem ampliação ou redução de deveres e direitos tal como assegurados pelo sistema normativo – prática que comprometeria, a um só tempo, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia e a certeza jurídica." [2]

A atribuição a logradouro do nome de pessoa viva com participação política recente no Município, consoante se verifica de fls. 73/76, abre ensejo à promoção pessoal do homenageado. Neste particular, em caso idêntico ao ora em análise, deixou assente o Relator Desembargador Evaristo dos Santos, com citação de farta jurisprudência desta Corte que, ***in verbis:***

"Evidente, por outro lado, que ao atribuir o nome de 'Prefeito Saulo Pedroso de Souza' ao Centro Integrado de Educação Municipal, incorreu o réu em afronta ao princípio da impessoalidade. Ora, o homenageado foi o próprio alcaide de Atibaia, e parece óbvio que tal medida foi utilizada com a finalidade de promoção pessoal, com o escopo de aproveitamento pessoal e político.

(...)

"Desta forma, quando o Município, por iniciativa de um de seus Poderes, resolve homenagear pessoa viva utilizando seu nome para batizar próprios municipais (ruas, logradouros, equipamentos, bens públicos, etc.) já está ínsita a intenção de favorecer aquele nome perante a opinião popular, que não raras vezes desemboca em projeto de futuras disputas eleitorais."

"Assim, ainda que a pessoa homenageada resolva não ingressar na vida pública, alguém com o mesmo patronímico pode se beneficiar daquela homenagem, eis que a população menos instruída costuma vincular as obras de determinada pessoa de um clã familiar para todos os seus sucessores. É natural na política brasileira a exploração desse traço cultural."

"Infelizmente essa prática viola, em primeiro lugar, o princípio da moralidade, porque a máquina pública não pode ser utilizada como instrumento de promoção pessoal, ou familiar, por aqueles que estão, momentaneamente, no seu controle. E em segundo lugar é clara a afronta ao princípio da impessoalidade, porque as escolhas desses nomes deveriam recair sobre pessoas já falecidas que contribuíram, de alguma maneira, para a sociedade local e são reconhecidas por isto, e não porque eram apenas genitores, irmãos ou parentes próximos de algum político ou influencer local." (destaquei e grifei ADIn nº 2083169-50.2020.8.26.0000 v.u. j. de 18.11.20 Rel. Des. JACOB VALENTE).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Leis ns. 2.542/2011, 2.904/1016

Acesso ao Sumário

2 ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio de. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 52/53.

e 2.925/2017, do Município de Francisco Morato, que a atribuem a próprios e logradouros públicos o nome de pessoas vivas. Afronta aos preceitos dos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado. Precedentes. Ação julgada procedente." (destaquei e grifei ADIn nº 2072556-68.2020.8.26.0000 v.u. j. de 27.01.21 Rel. Des. CLAUDIO GODOY).

E,

"E, com efeito, sabidamente a prática traduz indevida afronta à moralidade e impessoalidade, princípios básicos da Administração Pública, desde que expressa indevido fator de favorecimento, acaso involuntário, ao homenageado com a iniciativa."

"Afinal, os princípios referidos se tomam não do ponto de vista subjetivo, da eventual má-fé da deliberação parlamentar, mas sim a partir de um padrão objetivo de conduta pública conforme a racionalidade própria do sistema, de seus pilares valorativos." (ADIn nº 2103701-45.2020.8.26.0000 v.u. j. de 17.03.21 Rel. Des. ADEMIR BENEDITO)".[3]

Daí se reconhecer, portanto, a inconstitucionalidade reclamada.

Por fim, em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, cumpre o registro de que as hipóteses de modulação de efeitos são excepcionais e, para tanto, devem ser devidamente comprovadas.

Desse modo, considerando *"as providências legislativas e administrativas necessárias para a designação de novos nomes aos próprios públicos afetados pela presente declaração de inconstitucionalidade, trocas das placas indicativas e correção dos arquivos da Administração Pública, inclusive para os concessionários de serviços públicos, razoável o prazo de 120 (cento e vinte) dias"* (ADI nº 2083169-50.2020.8.26.0000, Relator: Desembargador JACOB VALENTE – Órgão Especial, j. 18.11.2020).

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.439, de 28 de setembro de 2021, do Município de Serra Negra, modulando os seus efeitos para 120 (cento e vinte) dias do presente julgamento.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

3 Direta de Inconstitucionalidade nº 2100851-81.2021.8.26.0000, Relator Evaristo dos Santos, j. em 16/3/2022

2062922-77.2022.8.26.0000/50034, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SOLE COMÉRCIO DE MÓVEIS E DECORAÇÕES LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão 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 31.832)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO e RUY COPPOLA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Suspensão de sentença deferida – Decisão proferida em mandado de segurança que determinou, em síntese, a suspensão da exigibilidade do ICMS-DIFAL, regulamentado pela LC 190/2022, antes de 1º de janeiro de 2023 – Evidenciada grave lesão à ordem e à economia públicas – Ocorrência do chamado "efeito multiplicador" – Suspensão confirmada – Agravo não provido.

VOTO

Inconformada com o teor da decisão que, no que se refere ao presente recurso, suspendeu a eficácia da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1006642-41.2022.8.26.0053, da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, Sole Comércio de Móveis e Decorações Ltda. interpôs agravo interno.

Em síntese, a agravante sustenta que não estão presentes os requisitos necessários para a suspensão da sentença, pois na decisão recorrida não foram observados os limites constitucionais da ordem tributária (art. 150, inciso III, alíneas "b" e "c" da Constituição Federal).

Contraminuta a fl. 24/40.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O agravo interno não comporta provimento.

Em suas razões, a agravante não apresentou fundamentos suficientes para afastar os fundamentos da decisão recorrida, em que se concluiu estarem presentes os pressupostos legais para o deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau de jurisdição.

Conforme a decisão agravada, as Leis nº 12.016/2009, nº 8.437/1992 e nº 9.494/1997, que constituem a base normativa do instituto da suspensão, permitem que o Presidente do Tribunal de Justiça, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar, ou de tutela antecipada proferidas pelos Juízos de primeiro grau em detrimento das pessoas jurídicas de direito público.

Como medida de contracautela, a suspensão de liminares ou sentença pelo Presidente do Tribunal competente para apreciar o recurso ostenta caráter excepcional e urgente, destinada a resguardar a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Nesse sentido, destituído de viés infringente, o pedido de suspensão de sentença contém âmbito limitado de conhecimento do litígio. O mérito do pedido de suspensão se restringe à apreciação do alegado rompimento da ordem pública em decorrência da decisão, como instrumento de proteção ao interesse público.

Por isso o pedido foi analisado com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela, dentre as quais não se inclui a apreciação do mérito das ações em que proferidas as decisões, limitada, portanto, aos aspectos relacionados à potencialidade lesiva dos atos decisórios em face dos interesses públicos assegurados em lei.

Era premente que a sentença prolatada tivesse sua eficácia suspensa, uma vez que, à luz das razões de ordem e segurança públicas, ostentava *periculum in mora* inverso de densidade manifestamente superior àquele que, aparentemente, animou o deferimento da medida de início postulada.

Estava suficientemente configurada a lesão à ordem pública, assim entendida como *ordem administrativa geral*, equivalente à normal execução dos serviços públicos, ao regular andamento das obras públicas e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (*cf.*, STA-AgRg 112, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, Rel. Min. Marco Aurélio, red. ac. Min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SS-AgRg 846, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.03.91).

Foi reconhecido, também, ser inquestionável a alta potencialidade lesiva à economia pública, consubstanciada na previsível proliferação de demandas

idênticas por inúmeros outros contribuintes em situação análoga à da agravante, típica do chamado "efeito multiplicador" das decisões, de grande impacto nas finanças públicas, por implicar supressão de receita. Do contrário, estariam comprometidos o equilíbrio fiscal e a viabilidade do erário estadual, impossibilitando a continuidade dos serviços públicos, sem contar nos comerciantes locais que também seriam afetados com a suspensão da cobrança do imposto em discussão.

Assim, os elementos expostos forneceram substrato consistente para concluir que as decisões proferidas nos mandados de segurança especificados na decisão agravada têm nítido potencial de risco à ordem e a segurança administrativas, na medida em que se revestem de irreversibilidade em tema de competência primordialmente atribuída ao Poder Executivo, além de criarem embaraços e dificuldades ao adequado exercício das funções típicas da Administração pelas autoridades legalmente constituídas.

Ademais, as decisões questionadas, geradoras de drástica redução na arrecadação do Estado, comprometem a gestão dos recursos públicos e a condução segura da Administração estadual.

Conforme observado, segundo nota técnica elaborada pela Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, considerada a média arrecadatória do último triênio, estimativa conservadora indica que a arrecadação do DIFAL no período de abril a dezembro de 2022 alcançará em torno de R$ 1.636.700.000,00 (um bilhão, seiscentos e trinta e seis milhões e setecentos mil reais).

Além disso, em sentido contrário à pretensão do recorrente foi a r. decisão, datada de **17 de maio de 2022**, prolatada pelo Excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.066/DF**:

> "O princípio da anterioridade de exercício posto no art. 150, III, 'b', da CF, é, notadamente, um instrumento constitucional de limitação do poder de tributar, pelo qual, em regra, nenhum tributo, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, poderá ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a Lei que o *instituiu* ou *aumentou*, tendo por finalidade evitar a surpresa do contribuinte em relação a uma nova cobrança ou um valor maior, não previsto em seu orçamento doméstico.
>
> A LC 190/2022 não modificou a hipótese de incidência, tampouco da base de cálculo, mas apenas a destinação do produto da arrecadação, por meio de técnica fiscal que atribuiu a capacidade tributária ativa a outro ente político – o que, de fato, dependeu de regulamentação por lei complementar – mas cuja eficácia pode ocorrer no mesmo exercício, pois não corresponde a *instituição* nem *majoração* de tributo.

Acesso ao Sumário

A qualificação da incidência do DIFAL em operações interestaduais como nova relação tributária (entre o contribuinte e a Fazenda do Estado de destino) não é capaz de mitigar o fato de que a EC 87/2015 (e a LC 190/2022, consequentemente) preservou a esfera jurídica do contribuinte, fracionando o tributo antes devido integralmente ao Estado produtor (alíquota interna) em duas parcelas devidas a entes diversos.

O Congresso Nacional orientou-se por um critério de neutralidade fiscal em relação ao contribuinte; para este, não é visada, a princípio, qualquer repercussão econômica relacionada à obrigação principal da relação tributária, apenas obrigações acessórias decorrentes da observância de procedimentos junto às repartições fazendárias dos Estados de destino, em acréscimo ao recolhimento junto à Fazenda do Estado de origem (por uma alíquota menor). E tais obrigações, por não se situarem no âmbito da obrigação principal devida pelo contribuinte, não se sujeitam ao princípio da anterioridade, na linha do que afirmado pela CORTE em relação a obrigações acessórias tais como prazo, condições e procedimentos para pagamento.

Nesse sentido a Súmula Vinculante 50:

'Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade'.

O Princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, 'b', da CF, protege o contribuinte contra intromissões e avanços do Fisco sobre o patrimônio privado, o que não ocorre no caso em debate, pois trata-se um tributo já existente (diferencial de alíquota de ICMS), sobre fato gerador antes já tributado (operações interestaduais destinadas a consumidor não contribuinte), por alíquota (final) inalterada, a ser pago pelo mesmo contribuinte, sem aumento do produto final arrecadado.

Em momento algum houve agravamento da situação do contribuinte a exigir a incidência da garantia constitucional prevista no referido artigo 150, III, 'b' da Constituição Federal, uma vez que, a nova norma jurídica não o prejudica, ou sequer o surpreende, como ocorre com a alteração na sujeição ativa do tributo promovida pela LC 190/2022 (EC 87/2015).

Acesso ao Sumário

A EC 87/2015 previu a progressiva substituição da incidência da alíquota interna pela soma da alíquota interestadual com o DIFAL, transferindo a receita dos Estados de origem para os Estados de destino, nessa modalidade de operação (art. 99 do ADCT).

A disciplina do Convênio ICMS CONFAZ 93/2015 pretendeu alcançar o mesmo arranjo fiscal que, agora, a LC 190/2022 preservou, a fim de sanar o vício formal apontado pela CORTE no julgamento da ADI

5469, mas sem qualquer inovação relevante no tratamento da matéria.

Além disso, a suspensão da incidência do DIFAL, mantida a incidência apenas da alíquota interestadual, seria inconsistente sob o ponto de vista de que essa tributação não ocorria assim antes da lei impugnada (ou da EC 87/2015), quando incidia a alíquota interna em favor do Estado de origem. Caso se entendesse que a nova sistemática de tributação não poderia ser exigida no presente exercício, como pretende a Requerente ABIMAQ, a solução adequada seria resgatar a sistemática anterior à EC 87/2015, e não aplicar parte da regulamentação que se reputa ineficaz, sob pena de, a pretexto de evitar majoração, causar decesso na arrecadação do tributo."

Portanto, presentes os requisitos legais, mostra-se cabível a suspensão da sentença, com observação de que os efeitos da suspensão prevalecem até o julgamento definitivo em segundo grau de jurisdição, ou seja, com o pronunciamento colegiado do órgão fracionário exsurge o efeito substitutivo do recurso, na forma do artigo 1.008 do Código de Processo Civil, a colocar termo à eficácia da medida de contracautela deferida.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2275029-72.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.407)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.
MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – INTERPOSIÇÃO DA DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE A FIM DE QUE SEJA SUSPENSA A LEI IMPUGNADA – REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno da decisão do relator, que indeferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de São José do Rio Preto em face da Lei Complementar nº 697, de 07 de novembro de 2022, que inseriu o § 5º no artigo 1º da Lei Complementar nº 347, de 26 de agosto de 2011, que, por sua vez, dispôs sobre a criação da "GRADAD – Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada" a ser paga aos policiais militares que exerçam atividade municipal delegada do Estado de São Paulo por meio de convênio celebrado com o Município de São José do Rio Preto.

Sustenta o agravante que estão presentes os requisitos legais para outorga da liminar. A lei impugnada, cuja suspensão se requer, usurpou competência privativa da União para legislar sobre imposto de renda. Além disso, criou renúncia de receita à administração municipal sem que fosse antecedida de estudo sobre impacto fiscal, o que acarretará alteração da lei orçamentária anual, cuja iniciativa legislativa é reservada ao Prefeito, configurando, assim, ingerência do Poder Legislativo em atos do Poder Executivo.

Mantida a decisão, os autos foram enviados à Mesa.

É o Relatório.

No que interessa, decidiu o relator:

"Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, para concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade devem ser satisfeitos cumulativamente os requisitos da plausibilidade jurídica da tese exposta (**fumus boni iuris**) e da possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (**periculum in mora**), seja por conta da irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados, seja por conta da necessidade de garantir ulterior eficácia da decisão (ADI 5.374 MC – AgR/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 08.07.2020).

Em sede de cognição sumária, pois outra não cabe nesse momento, ques-

Acesso ao Sumário

tionável a plausibilidade jurídica da alegada usurpação da competência tributária da União, tendo em vista que, nos termos do artigo 158, inciso I, da Constituição Federal, pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário nº 229.461/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 16.04.1999.

Discutível, outrossim, nesse momento inicial afirmada ausência de estudo sobre impacto orçamentário e financeiro por grave criação de risco ao orçamento aprovado da Administração Pública, tendo em vista que a inicial não veio instruída com cópia integral, desde o início, do processo legislativo que deu origem à lei impugnada (fls. 12/28), sem prejuízo de reexame em maior profundidade no momento oportuno.

Indefiro, pois, a liminar".

As razões apresentadas no agravo interno, por se limitarem a reprisar os argumentos deduzidos na petição inicial, não permitem modificar os fundamentos da decisão recorrida, motivo pela qual deve ser mantida.

Como decidido pelo relator em cognição sumária, é questionável a plausibilidade jurídica da alegada usurpação da competência tributária da União, tendo em vista o disposto no artigo 158, inciso I, da Constituição Federal e o entendimento do STF em caso análogo, exposto no referido Recurso Extraordinário nº 229.461/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 16.04.1999.

Discutível, do mesmo modo, a afirmada ausência de estudo sobre impacto orçamentário e financeiro por grave criação de risco ao orçamento aprovado da Administração Pública, pois nem a inicial, como observado pelo relator, nem o presente recurso vieram instruídos com cópia integral, desde o início, do processo legislativo que deu origem à lei impugnada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2182397-27.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ÉVORA S/A, é agravado 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: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME G. STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR. Os argumentos apresentados pela agravante não têm o condão de alterar o decidido.

Recurso improvido.

VOTO

Évora S/A interpôs agravo contra a r. decisão que indeferiu a liminar no mandado de segurança por ela impetrado em face do agravado (fls. 446/451 dos autos principais).

Alega que a decisão agravada não observou a inaplicabilidade do Tema n. 810 aos casos de precatório expedido anteriormente ao julgamento do paradigma, conforme ocorre no caso dos autos. Discorre sobre a incorreção do índice aplicado para corrigir monetariamente o débito. Diz que houve preclusão *pro judicato*. Acrescenta que há *periculum in mora*, pois já foram levantados valores pelo Município de São Paulo. Daí, pretender a reforma da r. decisão para que se conceda a liminar (fls. 1/7).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 15/22).

É o relatório.

Não assiste razão à agravante.

Os argumentos ora apresentados não têm o condão de alterar o decidido.

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Exmo. Presi-

Acesso ao Sumário

dente deste E. Tribunal por meio do qual se pretende obter a concessão da segurança *"para o fim de garantir o direito líquido e certo da Impetrante em receber os valores indevidamente levantados pelo Município de São Paulo nos autos da Ação de Sequestro nº 9030499-04.2006.8.26.0000, nos termos dos cálculos por ela apresentados, os quais observam os parâmetros estabelecidos pelo acórdão proferido por esse Colendo Órgão Especial naqueles autos (correção monetária pelo IPC, exclusão dos juros moratórios e compensatórios em continuação, relativos ao período da moratória constitucional; e, manutenção dos juros moratórios devidos após o vencimento da quarta parcela, no percentual de 6% a.a. até 10/01/2003 e 12% a.a. de 11/01/2003 em diante)"*, ou, ao menos, *"para que seja determinado o refazimento dos cálculos pela DEPRE, estabelecendo-se a obrigatória observância dos parâmetros fixados por esse Colendo Órgão Especial no julgamento realizado em 18/03/2009 (correção monetária pelo IPC, exclusão dos juros moratórios e compensatórios em continuação, relativos ao período da moratória constitucional; e, manutenção dos juros moratórios devidos após o vencimento da quarta parcela, no percentual de 6% a.a. até 10/01/2003 e 12% a.a. de 11/01/2003 em diante)."* (fls. 17 dos autos principais).

A liminar foi indeferida pelo i. Des. Euvaldo Chaib, que substituía este Relator, nos seguintes termos:

> *A liminar não comporta deferimento.*
>
> *Com efeito, a matéria ventilada tem olhos voltados sobre os efeitos de decisões em precatórios e se debruça na possibilidade de revê-la quanto ao cálculo do valor devido, os juros moratórios e, consequentemente, a transferência a credor certo. No ponto, houve refazimento de cálculo com aplicação do Tema nº 810 do STF, na medida em que o expediente versa sobre o sequestro alojado em ambiente administrativo, de sorte que não há preclusão da matéria no que toca aos juros moratórios devidos.*
>
> *Portanto, o pedido liminar, deduzido na letra "a", em análise inicial, não comporta deferimento porque a decisão hostilizada é suficientemente motivada, de sorte que ausente, nesta fase de cognição preliminar e perfunctória, os fundamentos do pedido cautelar (fumus boni iuris) e a probabilidade de geração de prejuízos irreversíveis ou de difícil reversão (periculum in mora), até porque é garantido à pessoa política possibilidade de, em sede própria, eventualmente, perseguir a restituição que entende devida.*
>
> *Em resumo, a decisão objurgada estriba-se em cálculo adequado retificado e valores sequestrados também já foram objeto de remessa ao Juízo da Execução para levantamento.* (fls. 450/451 nos autos principais).

De fato, a decisão contra a qual se volta a empresa impetrante está devidamente fundamentada, em especial quanto ao cálculo das verbas acessórias (fls.

Acesso ao Sumário

435/437), razão pela qual não se verifica mesmo, em análise inicial, a plausibilidade do direito alegado.

Ademais, já tendo os valores sido levantados pela Municipalidade, como informa a própria impetrante, está ausente o *fumus boni iuris*, cabendo à interessada, se for o caso, pleitear eventual reembolso.

Assim, **considerada a ausência de fatos e argumentos novos, aptos a alterar o entendimento firmado na decisão agravada, é o caso de se manter a decisão recorrida.**

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2227809-78.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA, é agravado CARLOS DIAS MOTA (DESEMBARGADOR).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.835)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Arguição de suspeição – Desembargador da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça – Não cabimento da arguição – Inexistência de fato concreto hábil a macular a imparcialidade do agravado – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Marcos David Figueiredo de Oliveira interpôs agravo interno contra a decisão que, com amparo no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da arguição de suspeição formulada, nos embargos de declaração nº 1027350-05.2021.8.26.0100/50001, contra o Desembargador Carlos Dias Motta da 26ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, com alegação de parcialidade.

Contraminuta a fl. 14/16.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Observo, inicialmente, que o relatório contido na decisão agravada é suficiente para a identificação dos interessados e a compreensão da pretensão deduzida pelo agravante.

Além disso, na decisão agravada foram apreciados, de forma suficiente, os fatos alegados pelo agravante como caracterizadores da suposta suspeição do excepto, consistentes em: (i) ter interesse na causa porque indeferiu pedido de assistência judiciária; (ii) ter interesse na causa porque negou provimento ao agravo interno que foi interposto contra a decisão monocrática que indeferiu o pedido de assistência judiciária, que teria sido julgado com vícios de procedimento.

Conforme a decisão agravada, é incabível a arguição fundada em meras suposições de fatos que ocasionariam a suspeição do arguido, sem demonstração das hipóteses do art. 145 do Código de Processo Civil.

Com efeito, em suas informações o excepto não reconheceu a suspeição, o que fez ressaltando que: *"...não conheço qualquer das partes, nem tenho qualquer relação com o caso"* (fl. 223).

Por sua vez, decisões contrárias ao interesse da parte não são suficientes para caracterizar suspeição.

Nesse sentido, constou na decisão agravada:

"A arguição de suspeição envolve a verificação de eventual ausência de capacidade subjetiva do magistrado, para, em caso positivo, afastá-lo da relação jurídico-processual. As hipóteses de suspeição estão previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da possibilidade do seu reconhecimento por motivo de foro íntimo:

(...)

No caso, por não estarem configuradas as situações previstas no referido dispositivo legal, impõe-se a conclusão de que o incidente foi utilizado para exteriorizar o inconformismo do excipiente em relação a decisão contrária às suas pretensões, o que faz para alterar o resultado do julga-

Acesso ao Sumário

mento dos embargos de declaração em apelação interposta na ação indenizatória e para evitar a participação do excepto no julgamento de novos recursos.

Essa conclusão também decorre das informações prestadas pelo Excelentíssimo Desembargador, com o seguinte teor:

'Trata-se de exceção de suspeição fundada em suposto interesse deste Magistrado em beneficiar os autores da ação indenizatória nº. 1027350-05.2021.8.26.0100, movida contra o excipiente e julgada procedente pelo MM. Juízo da 3ª Vara Cível Central da Comarca da Capital.

A apelação interposta pelo excipiente foi distribuída por prevenção a esta Relatoria, com requerimento recursal de gratuidade processual, indeferido pela ausência de prova documental da alegada hipossuficiência.

Contra a referida decisão que indeferiu a benesse e intimou o excipiente para recolhimento do preparo recursal, sob pena de deserção, foram interpostos os seguintes recursos: 1) agravo interno (incidente 50000), desprovido por votação unânime (voto 23958); 2) primeiros embargos de declaração (incidente 50001), rejeitados por votação unânime (voto 24213); e 3) segundos embargos de declaração (incidente 50002), pendentes de julgamento.

Neste contexto, verifica-se a inconsistência da exceção de suspeição, ausente qualquer situação prevista em lei que sirva de supedâneo à arguição (art. 145 do CPC/15), evidenciando mero inconformismo incidental do excipiente. Não houve nem mesmo alegação concreta e fática de qualquer das hipóteses que poderiam, em tese, caracterizar a suspeição de magistrado.

Esclareço, por oportuno, que não conheço qualquer das partes, nem tenho qualquer relação com o caso. Tudo diz respeito ao mérito, sobre o qual não cabe discorrer neste momento' (fl. 222/223).

Oportuno considerar que o afastamento de magistrado da condução de processo judicial é medida drástica que, também por isso, exige a demonstração do efetivo comprometimento de sua capacidade subjetiva para o julgamento, situação que, no caso, não existente. Do contrário, abrir-se-ia perigoso precedente apto a possibilitar que a parte escolhesse seu julgador, seja por conta de decisões que lhe foram desfavoráveis no próprio processo em curso, ou por já conhecer posicionamentos jurídicos adotados pelo magistrado em feitos semelhantes.

A despeito do elevado alcance da arguição de suspeição em prol da tutela de predicado indispensável à prestação jurisdicional – a imparcialidade do magistrado –, o fato é que tal via processual deve ficar restrita ao seu específico objeto, afastada a utilização voltada a substituir a via recursal

Acesso ao Sumário

adequada.

Nesse sentido, tem aplicação a Súmula nº 88 desta Corte: *'Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa'*.

Assim, ausente fato concreto a ensejar o afastamento do magistrado, é manifesta a inconsistência desta arguição" (fl. 225/230).

Portanto, o agravante interpôs a exceção de suspeição para obter a reforma da decisão monocrática que foi prolatada em agravo de instrumento e mantida no julgamento do agravo interno, o que, porém, deve ser buscado por meio do recurso adequado.

Destarte, o art. 145 do Código de Processo Civil contém **rol taxativo** de hipóteses que devem ser comprovadas para que seja reconhecido o efetivo comprometimento da imparcialidade do julgador, o que não ocorreu neste caso concreto.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0040854-70.2022.8.26.0000, da Comarca de Tanabi, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessado MUNICÍPIO DE TANABI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PREJUDICADA A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.885/2022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, 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

Acesso ao Sumário

SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Município de Tanabi. Incidente suscitado pela Colenda 7ª Câmara de Direito Público nos autos da Ação Civil Pública nº 1002038-68.2020.8.26.0615, arguindo a **inconstitucionalidade da criação do cargo de "Gerente de Cidade" instituído pelo artigo 4º, da Lei nº 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, do Município de Tanabi, por ofensa ao disposto nos artigos 37, inciso V, da Constituição Federal, e no artigo 115, incisos II e V, da Constituição Estadual. Perda superveniente de objeto em razão do julgamento, por este Colendo Órgão Especial, da ADI nº 2236162-44.2021.8.26.0000, em 9/11/2022. Impossibilidade de reapreciação do tema. Incidência do disposto no artigo 949, parágrafo único, do CPC.**

INCIDENTE PREJUDICADO.

VOTO

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela Colenda 7ª Câmara de Direito Público nos autos da Ação Civil Pública nº 1002038-68.2020.8.26.0615, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE TANABI, julgada parcialmente procedente, nos termos da r. sentença de fls. 171-178, para *"declarar a nulidade das Portarias (e demais atos normativos internos decorrentes ou correlatos) editadas para nomeação dos cargos comissionados de: Assessor de Assuntos Internos (fls. 79-81), Assessor Geral de Fiscalização (fl. 82), Coordenador de Serviços de Engenharia e Infraestrutura (fl. 83), Coordenador de Planejamento Urbanístico (fl. 84), Coordenador de Projetos de Educação Física (fl. 85), Assessor de Assuntos Administrativos Internos (fl. 86), Chefe de Cerimonial (fl. 87), Coordenador da Vigilância Sanitária (fl. 88), Supervisor de Assuntos da Juventude nos Programas Municipais (fl. 89), Gerente de Cidade (fl. 90), Ouvidor Geral do Município (fl. 91), Assessor Especial de Gabinete (fl. 92) e Coordenador do PRONAF (fl. 93), bem como para determinar a consequente exoneração dos respectivos ocupantes dos referidos cargos em comis-*

Acesso ao Sumário

são, obstando-se ainda que haja eventual nova nomeação em comissão para os mesmos cargos pela parte requerida".

No julgamento dos recursos de apelação interpostos pelas partes, a Colenda Câmara suscitante vislumbrou que *"o cargo de Gerente de Cidade não se enquadra nas atribuições próprias de assessoramento, chefia e direção, nem tampouco exige vínculo de confiança entre o ocupante e a autoridade a que se subordina. Desse modo, o artigo 4º da Lei Municipal nº 2216/2009 está em desacordo com os artigos 37, inciso II, da Constituição Federal e 115, incisos II e V, da Constituição do Estado de São Paulo."*.

Remetidos os autos diretamente à Mesa para julgamento.

É o breve relato.

Inicialmente, oportuno consignar a desnecessidade da remessa dos autos à Douta Procuradoria-Geral de Justiça em atenção à celeridade e eficiência processuais.

Conforme se verifica, o presente incidente foi suscitado nos autos da Ação Civil Pública nº 1002038-68.2020.8.26.0615, em razão da Colenda Câmara suscitante vislumbrar a inconstitucionalidade da forma de nomeação, em comissão, do cargo de Gerente de Cidade instituído pelo artigo 4º, da Lei nº 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, do Município de Tanabi.

A esse respeito, oportuno destacar o teor da lei impugnada que ***"cria, extingue e altera órgãos e cargos públicos, na estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Tanabi/SP, dando outras providências."***, *in verbis*:

> ***"Art. 4º. Fica criado, em comissão, o cargo de Gerente de Cidade, cujas 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."***

Pois bem.

De fato, conforme observado pelo eminente relator da Egrégia Câmara suscitante, eminente Desembargador MOACIR PERES, quando do julgamento dos recursos de apelação interpostos pelas partes, em 20.09.2022, ainda não havia pronunciamento deste Colendo Órgão Especial em sede de análise de constitucionalidade do artigo 4º, da Lei nº 2.216/2009, do Município de Tanabi.

Ocorre, no entanto, que em 9.11.2022, este Seleto Colegiado julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236162-44.2021.8.26.0000, de relatoria do i. Desembargador AROLDO VIOTTI, 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,*

Acesso ao Sumário

todos da Constituição do Estado de São Paulo".

Naquela oportunidade, por unanimidade, foi declarada a inconstitucionalidade integral do artigo 4º, da Lei 2.216/2009, do Município de Tanabi, e da expressão "Gerente de Cidade" contida no Anexo I do referido diploma legal, tendo restado do v. acórdão a seguinte ementa, *in verbis*:

> ***"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".***

Diante deste cenário e considerando o disposto no parágrafo único, do artigo 949[1], do Código de Processo Civil, inviável a reapreciação da questão por este Colendo Órgão Especial.

Isso porque, a existência de pronunciamento deste C. Órgão Especial sobre a arguição posta, não se revela pertinente o processamento do presente incidente, uma vez que a *"hipótese, portanto, enquadra-se na dispensa da cláusula de reserva de plenário contida no art. 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil ('Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.' – grifou-se), como destacam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], salientando evidente economia processual"* (Incidente de Inconstitucionalidade nº 0036567-35.2020.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. de 13.10.2020).

Portanto, levando em conta a existência de manifestação subsequente deste c. Órgão Especial a respeito da norma municipal apontada como inconstitucional pela e. Câmara suscitante, inexistindo justificativa para sua reapreciação, não há como deixar de reconhecer a perda superveniente de objeto, restando prejudicado o presente incidente.

Nesse sentido, oportuno destacar a recorrente orientação deste Colendo

Acesso ao Sumário

1 Art. 949. Se a arguição for:
(...)
Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Órgão Especial em hipóteses análogas à presente, conforme se verifica dos vv. acórdãos, que ora nos permitimos destacar:

"Arguição de inconstitucionalidade. Lei n. 2.925/2017, do Município de Francisco Morato, que a atribui a logradouro público o nome de pessoa viva. Alegação de afronta aos preceitos dos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado. Vício reconhecido em ação direta julgada. Incidente prejudicado".

(Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0039188-05.2020.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, j. de 27.01.2021);

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 1º, § 1º, da Lei nº 17.020/2018, do Município de São Paulo – Matéria decidida supervenientemente pelo C. Órgão Especial nas ADIs 2091498-85.2019.8.26.0000 e 2113957-81.2019.8.26.0000 – Decidida a questão objeto deste incidente, não se conhece desta arguição de inconstitucionalidade, nos termos do art. 949, parágrafo único, do C.P.C. Arguição não conhecida.".

(Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0012663-83.2020.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. de 15.07.2020);

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Art. 125 da Lei Orgânica do Município de Presidente Prudente. Matéria já apreciada pelo Colendo Órgão Especial. Monocrática de não conhecimento em face dos princípios da celeridade e economia processuais. Devolução à origem para prosseguimento. Não conheço da arguição, com determinação.

(Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0008097-33.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. de 03.03.2016);

"Arguição de inconstitucionalidade. Lei 12.767/2012, que acrescentou dispositivo à Lei nº 9.492/97 de modo a admitir extração de protesto de certidões de dívida ativa. Tema já enfrentado pelo Órgão Especial. Decisão que vincula os órgãos fracionários da mesma Corte, o que torna prejudicadas as demais arguições sobre o tema e impede a suscitação de novas. Artigos 481 do CPC e 194 do RITJSP. Não se conhece da arguição.".

(Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0008825.11.2015.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. de 17.06.2015);

"Incidente de Inconstitucionalidade. Acórdão da 5ª Câmara de Direito Público que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei Complementar Municipal de Limeira 112, de 12.4.1993 e suspendeu o julgamento do apelo até decisão do Órgão Especial (art. 97 da Constituição

Acesso ao Sumário

Federa***l). Inconstitucionalidade da norma já reconhecida em ADIN (Nº 136.352-0/3-00-LIMEIRA), relatada pelo Des. Renato Nalini, por ausência de recepção por norma constitucional posterior. Aplicação da regra do artigo 481, parágrafo único, do CPC. Apreciação desta Argüição prejudicada. Incidente não conhecido".***

(Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0545513-85.2010.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, j. de 03.02.2011).

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, nos termos acima especificados, julga-se prejudicado o presente incidente, determinando-se o retorno dos autos à Colenda Câmara suscitante para o prosseguimento do julgamento dos recursos.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0038371-67.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 25ª CÂMARA DE DIEITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 25ª 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 36.927)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e MOACIR PERES.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Rescisão contratual. Empresa concessionária de serviços públicos (Transbrasiliana) que subcontratou a empresa Monteadriano para realização de obras na rodovia sob concessão. Alegação de inadimplemento contratual. Questão que não envolve discussão sobre o contrato administrativo, ou comportamento estatal, e sim sobre o cumprimento de obrigações contraídas pela concessionária (Transbrasiliana) perante empresa subcontratada (Monteadriano), ou seja, a controvérsia está sendo estabelecida entre particulares, com base em normas de direito privado. Competência recursal que, nesse caso, é da C. Câmara suscitada, com base no artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013. Conflito procedente. Competência da C. 25ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela **12ª Câmara de Direito Público**, em razão de decisão monocrática do Desembargador Hugo Crepaldi afastando a competência da **25ª Câmara de Direito Privado** para conhecer da Apelação Cível n. 1028256-39.2014.8.26.0100, que versa sobre **rescisão de contrato** firmado entre TRANSBRASILIANA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A (concessionária de serviços públicos) e MONTEADRIANO ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A (subcontratada).

A 25ª Câmara de Direito Privado (suscitada) argumenta que a ação envolve discussão sobre subcontrato **vinculado a contrato administrativo**, daí a competência da Seção de Direito Público, nos termos do artigo 3º, inciso I.3, da Resolução n. 623/2013 (fls. 5960/5962).

Já na 12ª Câmara de Direito Público o entendimento é de que a ação envolve **controvérsia entre sociedades empresariais privadas**, o que justifica a competência da Seção de Direito Privado, com base no artigo 5º da Resolução n. 623/2013 (fls. 5992/5996).

É o relatório.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "**a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la**".

No presente caso, a empresa TRANSBRASILIANA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA S/A venceu licitação e obteve concessão para exploração da

Acesso ao Sumário

infraestrutura e da prestação de serviços públicos e obras do lote rodoviário com 321,6 km de extensão da Rodovia BR-153. Nessa condição, em 19/08/2012, subcontratou a empresa MONTEADRIANO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S/A, **sob regime de empreitada**, para execução de obras de engenharia e conservação nos trechos da rodovia sob concessão (BR 153). Na presente ação, a subcontratada (Monteadriano) alega **inadimplemento de obrigações contraídas pela contratante** (Transbrasiliana), e pede a rescisão do contrato e o pagamento de indenização.

Em casos dessa natureza (**envolvendo obras decorrentes concessão de serviços públicos**), seria natural decidir pela competência da Seção de Direito Público se o litígio estivesse relacionado com atos do **poder concedente** ou com o **contrato administrativo**.

No presente caso, entretanto, o que está em discussão **não é o contrato administrativo**, ou o comportamento estatal, e sim o cumprimento de obrigações contraídas pela concessionária (Transbrasiliana) perante empresa subcontratada (Monteadriano), ou seja, a controvérsia **está sendo estabelecida entre particulares**, com base em **normas de direito privado**, daí o reconhecimento da competência da C. Câmara suscitada, com base no artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013:

> § 1º. Serão da competência preferencial e comum às **Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras**, as 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.

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária de cobrança fundada em contrato de empreitada celebrado entre empresa de engenharia privada e concessionária de rodovia (Presidente Dutra). Competência recursal que se orienta pelo pedido principal (artigos 103 e 104 do RITJ). Hipótese de contrato de terceirização de manutenção da malha asfáltica, atividade acessória ao serviço concedido, conforme autorizado no artigo 25, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95. Causa que não envolve contrato de 'subconcessão' do serviço concedido para invocar necessidade de análise do contrato de concessão dentro das premissas do direito administrativo e balizas da Lei 8.666/93, atualizada pela Lei 14.133/2021. Hipótese de obrigação irradiada de contrato que é regido pelo Direito Privado. Competência afeta à Seção de Direito Privado, na forma do artigo 5º, § 1º, da citada Resolução. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito acolhido, fixada a competência da 32ª Câmara de Direito Privado, suscitada" (Conflito de Competência n. 0034862-31.2022.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. 23/11/2022).

Acesso ao Sumário

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança. Guararema. Contrato administrativo nº 168/13. Construção de passarela sobre o Rio Paraíba do Sul. Terceirização. Prestação de serviços de guindaste e caminhão Munck. Inadimplemento. Nos termos da Resolução OE nº 623/2013, a competência para o julgamento das ações relativas à prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, é da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (art. 5º, § 1º); é a hipótese dos autos em que a ação tem por objeto a cobrança de valores devidos a título de serviços de guindaste e caminhão Munck prestados nos termos do instrumento particular firmado entre particulares estranhos ao contrato administrativo nº 168/13. Trata-se de avença regida por normas de direito privado, cuja competência para julgamento é da Segunda e Terceira Subseção de Direito Privado, a teor do art. 5º, § 1º da Resolução OE nº 623/2013. Os autos não cuidam propriamente da licitação ou do contrato administrativo no âmbito do qual realizada a 'subcontratação da subcontratação'; e a presença do ente municipal no polo passivo não tem o condão de modificar a competência, que se firma pelo pedido inicial. Conflito procedente para declarar a competência da 29ª Câmara de Direito Privado, suscitada, para processar e julgar os recursos" (Conflito de Competência n. 0041346-96.2021.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 26/01/2022).

Ante o exposto, **julgo procedente o conflito**, declarando a competência da C. 25ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar Apelação Cível 1028256-39.2014.8.26.0100.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0038304-05.2022.8.26.0000, da Comarca de Mogi Guaçu, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA DAS CÂMARAS DA SEGUNDA E TERCEIRA SUBSEÇÕES DE DIREITO PRIVADO (11ª A 38ª CÂMARAS) DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO E LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.559)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RI-

Acesso ao Sumário

CARDO ANAFE (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação anulatória do ato de indeferimento da matrícula da autora no ensino médio junto ao curso técnico em Escola Técnica Estadual (ETEC), sendo pleiteada sua inscrição na modalidade em que foi aprovada, além de indenização por danos morais. Ação proposta contra Fundação de Apoio à Tecnologia – FAT, pessoa jurídica de direito privado.

A 2ª Câmara de Direito Público não conheceu do recurso e remeteu os autos à Câmara Especial, sob o argumento de ser matéria atinente à Infância e Juventude.

Conflito suscitado pela Câmara Especial, por entender que não se trata de ofensa a direito da criança ou do adolescente, mas disputa sobre normas infralegais que regulamentam o ingresso e a frequência de estudantes em curso técnico.

Procedente o conflito.

Não se discute questão relativa à ausência de oferta ou fornecimento irregular do ensino obrigatório a criança ou adolescente, que poderia atrair a competência da Câmara Especial, por força do art. 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento desta Corte. Tampouco o debate se amolda a alguma questão relativa ao ensino em geral, que levaria à competência das Câmaras de Direito Público em atenção ao art. 3º, inciso I, item 1.6 da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial.

Temática abordada envolve a prestação de serviço educacional por instituição de ensino, segundo a aplicação de seus regulamentos internos quanto aos do-

Acesso ao Sumário

cumentos necessários para regular inscrição no curso nela ministrado. Matéria afeta a uma das Câmaras das Subseções II e III de Direito Privado. Inteligência do § 1º do art. 5º da mencionada Resolução nº 623/2013. Precedentes.

Conflito procedente para determinar o encaminhamento dos autos para uma das Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (11ª a 38ª Câmaras).

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação anulatória do ato de indeferimento da matrícula da autora no ensino médio junto ao curso técnico em Escola Técnica Estadual (ETEC), sendo pleiteada sua inscrição na modalidade em que foi aprovada, além de indenização por danos morais. A ação foi proposta contra Fundação de Apoio à Tecnologia – FAT, pessoa jurídica de direito privado (f. 43).

Argumentou o Órgão Suscitante a ausência de qualquer uma das situações de risco previstas no artigo 98 ou ofensa a direito da criança e do adolescente, nos termos do artigo 208, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, envolvendo a lide normas infralegais que regulamentam o ingresso e frequência de estudantes em curso técnico (f. 273/281).

A 2ª Câmara de Direito Público, Órgão Suscitado, aduziu que se trata de matéria relativa à Infância e Juventude, afeta à Câmara Especial, nos termos do art. 33, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte (f. 261/264).

É o relatório.

O conflito de competência procede, sendo responsável pelo julgamento da apelação uma das Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado.

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 promovida com o objetivo de afastar o indeferimento administrativo da inscrição da autora-recorrente em curso técnico integrado ao ensino médio, que se deu sob o argumento da falta de apresentação oportuna da do-

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.

cumentação necessária, apesar de ter sido a postulante aprovada no respectivo processo seletivo (vestibulinho) de Escola Técnica Estadual (ETEC).

Não se discute questão relativa à ausência de oferta ou fornecimento irregular do ensino obrigatório a criança ou adolescente, que poderia atrair a competência da Câmara Especial, por força do art. 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento desta Corte. Tampouco o debate se amolda a alguma questão relativa ao ensino em geral, que levaria à competência das Câmaras de Direito Público em atenção ao art. 3º, inciso I, item 1.6 da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial.

A temática abordada nesta demanda envolve a prestação de serviço educacional por instituição de ensino, segundo a aplicação de seus regulamentos internos quanto aos documentos necessários para regular inscrição no curso nela ministrado, matéria afeta a uma das Câmaras das Subseções II e III de Direito Privado, a teor do § 1º do art. 5º da mencionada Resolução nº 623/2013[2].

No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste Órgão Especial:

Conflito de competência. Remessa Necessária em Mandado de Segurança, visando a matrícula da autora (menor de idade) no Ensino Médio na ETEC (instituição vinculada ao Instituto Paula Souza). Desclassificação em "vestibulinho" por encaminhamento incompleto de informações por sistema digital. Matéria que não cuida de direito fundamental à educação ou ensino em geral, a não se justificar a competência de nenhuma das Câmaras Suscitante e Suscitada. Demanda relativa à prestação de serviços escolares e seus regramentos internos. Questão afeta à competência de uma das Câmaras das Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (11ª a 38ª Câmaras). Art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/13 desta E. Corte de Justiça. Precedentes deste C. Órgão Especial. Conflito procedente, reconhecida a competência de uma das Câmaras das Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (11ª a 38ª Câmaras). (Conflito de Competência nº 0010808-98.2022.8.26.0000, Rel.ª Des.ª CRISTINA ZUCCHI, j. 08.06.2022).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – MATRÍCULA DE ESTUDANTE NA 1ª SÉRIE DO ENSINO MÉDIO – NEGATIVA PORTARIA CEETEPS Nº 2718/2019 – IMPETRAÇÃO QUE VERSA SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS E REGULAMENTOS INTERNOS DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO COMPETÊNCIA DAS SUBSEÇÕES 2 E 3 DE DIREITO PRIVADO.

1. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu

Acesso ao Sumário

2 § 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.

tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la (art. 103 RITJESP).

2. Mandado de segurança contra negativa de matrícula de aluno aprovado em vestibulinho na 1ª Série do Ensino Médio, em razão de já ter concluído o ano letivo em outra instituição de ensino (Portaria CEETEPS nº 2718/2019). Controvérsia não relacionada aos direitos específicos da infância e da juventude, ao acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos 04 aos 17 anos de idade (art. 208, I, CF), a demandar as medidas protetivas do ECA. Discussão sobre a prestação de serviços educacionais e os regulamentos internos da instituição. Questão afeita às Subseções 2 e 3 de Direito Privado. Precedentes. Conflito negativo de competência procedente. Competência da Seção de Direito Privado 11ª a 38ª Câmaras. (Conflito de Competência nº 0034701-55.2021.8.26.0000, Rel. Des. DÉCIO NOTARANGELI, j. 02.02.2022).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR ADOLESCENTE EM FACE DE DIRETORA DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO OBJETIVANDO MATRÍCULA NO ENSINO MÉDIO – MATÉRIA QUE NÃO SE REFERE A DIREITOS ESPECÍFICOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, NEM A ENSINO EM GERAL – TEMA RELACIONADO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS POR INSTITUIÇÃO ESPECÍFICA E SEUS REGRAMENTOS INTERNOS DE ADMISSÃO DE ALUNOS – COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO – EXEGESE DO § 1º, DO ARTIGO 5º, DA RESOLUÇÃO 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL – PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE A FIM DE DECLARAR COMPETENTE A SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO (2 E 3 SUBSEÇÕES), DETERMINANDO-SE A REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS A UMA DE SUAS CÂMARAS. (Conflito de Competência nº 0021143-50.2020.8.26.0000, Rel. Des. FERRAZ DE ARRUDA, j. 16.09.2020).

Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito de competência**, para determinar o encaminhamento dos autos para uma das Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (11ª a 38ª Câmaras), para apreciação da apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0038919-92.2022.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é suscitante LUIZ ALBERTO ZAGO, são suscitados 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO e ORGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO CONFLITO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DESª. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.391)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), 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, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SUSCITAÇÃO POR AUTOR-APELANTE EM FACE DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL, com o objetivo de impedir que a d. Câmara suscitada analise individualmente a Lei 5.307/2016, a ela dando nova interpretação, contrária ao decidido na ação direita de inconstitucionalidade 2009102-22.2017.8.26.0000. Ausente pressuposto de admissibilidade do incidente. Câmara suscitada que não declinou de sua competência. "A insatisfação da parte com a distribuição ou com decisões proferidas no processo, não pode constituir motivo para que se instaure a dúvida. Se o órgão incompetente segundo o entendimento da parte aceitar sua competência, incumbe ao prejudicado recorrer na forma prevista pela lei processual. O Órgão Especial não tem, na hipótese, poder para revogar a decisão da Câmara ou Grupo a respeito de competência e anular a decisão de mérito que tenha sido proferida".

Conflito de competência que não é sucedâneo de recurso.

Conflito não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência tirado de ação de rito ordinário ajuizada por servidor ocupante do cargo de guarda municipal em face do Município de Valinhos, objetivando a revisão da base de cálculo da gratificação de risco de morte a que faz jus, aduzindo correta a incidência sobre "o vencimento-base acrescido de todas as verbas incorporadas", e não apenas sobre o salário-base, como vem sendo pago pela administração.

Distribuído os autos à C. 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, sobreveio o v. acórdão de fls. 105/119, da lavra da e. Desembargadora Luciana Bresciani, dando pela procedência parcial do apelo do ora suscitante que ofertou o presente conflito de competência, ao fundamento de que o C. Órgão Especial desta Corte apreciou dispositivos da Lei nº 5.307/2016 que trata do Regime Jurídico da Guarda Especial do Município de Valinhos, descabendo à Câmara suscitada rever tais artigos, sendo que nos termos do § 1º do artigo 489 e artigo 1.022, ambos do Código de Processo Civil, o Município não provou em momento algum, seja na contestação, seja em sede de contrarrazões de apelação que faz cumprir a Lei 5.307/2016; aduz que o argumento de que o Regime Jurídico do servidor que está implantado até a presente data pela Lei 5.307/2016 foi modificado pela Lei 5.443/2017 é infundado, porque o regime jurídico da guarda Municipal que vigora até a presente data é a Lei 5.307/2016; diz que há conflito de competência entre a Câmara suscitada e o Órgão Especial, posto que o v. Acórdão da citada ação direta de inconstitucionalidade é claro ao dizer que a Lei 5.307/2016 entraria em vigor em 01/01/2018, próxima anualidade orçamentária. Por fim, com fundamento no artigo 951 do Código de Processo Civil e artigo 200 do Regimento Interno deste Tribunal, pleiteia seja julgado totalmente procedente o presente Conflito para impedir que d. Câmara suscitada analise individualmente a Lei 5.307/2016, a ela dando nova interpretação, contrária ao decidido na ação direita de inconstitucionalidade nº 2009102-22.2017.8.26.0000, que já julgou parcialmente a Lei 5.307/2016 e, ainda, constitucional os artigos que a renomada Câmara declarou inconstitucionais.

Diante da manifestação da e. Desembargadora Relatora sobre o conflito apresentado (fls. 127 e 134), desnecessária nova manifestação para os fins do artigo 954 do Código de Processo Civil e, tendo em vista que a matéria discutida não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 178 do Código de Processo Civil, não se abriu vista, igualmente, à douta Procuradoria Geral de Justiça, remetendo-se o feito diretamente à Mesa.

É o relatório.

Não se conhece do conflito suscitado.

Com efeito, consoante o artigo 66 e seus incisos, do Código de Processo Civil, o conflito de competência tem como requisito de instauração incidental a

Acesso ao Sumário

presença de 2 (dois) ou mais juízes que se declaram competentes ou incompetentes, atribuindo ao outro a competência, sendo que nos termos do parágrafo único do suso citado dispositivo processual, "o juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito", salvo se a atribuir a outro juízo.

Extrai-se do texto legal, portanto, que o conflito de competência, como a própria nomenclatura sugere, pressupõe a manifestação de, ao menos, duas autoridades investidas de jurisdição que declarem, antagonicamente, serem competentes ou incompetentes para apreciar determinada demanda deduzida em juízo. Em consequência, inadmite-se a instauração do incidente processual, acaso um dos Juízos não tenha se pronunciado sobre a sua competência, ou, na hipótese de declínio de competência, inexista decisão do Juízo declinado infirmando a atribuição de competência pelo Juízo declinante.

No caso dos autos, o autor ampara o presente incidente no artigo 951 do Código de Processo Civil e 200 do Regimento Interno desta Corte. O primeiro deles atribuindo à parte a legitimidade para instauração do conflito de competência e o segundo, regimental, disciplinando o processamento do incidente com amparo nos artigos 953 a 955 do código processual pátrio.

O que se verifica no caso em análise, entretanto, é que o suscitante não aponta o conflito entre dois ou mais juízos para apreciar o apelo interposto, aliás já julgado pela C. Câmara suscitada **que não declinou de sua competência**; ao contrário, suscita o presente conflito ao argumento de não cumprimento pelo Município de Valinhos de decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade de nº 2009102-22.2017.8.26.0000, julgada em 05 de julho de 2017, de minha Relatoria, assim ementado:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 5.307/2016 do Município de Valinhos, que disciplina a carreira, os salários, benefícios e as demais situações funcionais dos integrantes da Guarda Municipal de Valinhos. Alegada inconstitucionalidade diante da criação de despesas sem prévio estudo de impacto orçamentário e indicação de recursos para fazer frente às despesas geradas com a norma guerreada. Violação aos arts. 25, 169, 1 e 2, 124, § 1º e 175 da Constituição Estadual. Inocorrência. Norma editada em 30 de janeiro de 2016, com vigência para 02 de janeiro de 2017. Falta de previsão orçamentária que, embora possa inviabilizar a execução da despesa no exercício financeiro respectivo, não induz a inconstitucionalidade das vantagens concedidas aos servidores. Inconstitucionalidade das expressões 'Secretário de Defesa do Cidadão', 'Diretor de Departamento da Segurança Municipal' 'Diretor de Divisão do Comando da Guarda Civil Municipal' e 'Inspetor de Serviço', do Anexo I, diante da omissão da descrição de suas atribuições, o que viola os consectários da legalidade e reserva legal, previstos nos arts. 111 e 115, V, da Carta Estadual. Inconstitucionalidade, também, das expressões 'Classe Distinta', 'Classe Especial', 'Guarda Municipal 1ª Clas-*

Acesso ao Sumário

se', 'Guarda Municipal 2ª Classe' e 'Guarda Municipal 3ª Classe', como pertencentes à 'funções gratificadas' do Anexo I da norma, uma vez cuidarem de enquadramento em evolução funcional por tempo de serviço. Inconstitucionalidade, também, dos Anexos II e III da Lei objurgada. Ação parcialmente procedente.".

Em que pese o entendimento do suscitante, consoante já decidido por este C. Órgão Especial, na oportunidade do julgamento do Conflito de Competência nº 0010119-40.2011.8.26.0000, Relator o e. Desembargador Maurício Vidigal, *verbis*: *"Embora a parte possa suscitar a questão, requisito para que ela exista é manifestação de dois órgãos julgadores, afirmando-se competente ou incompetente para exame de determinado recurso..."* e, ainda, *"Como argumentou a douta Procuradoria, a insatisfação da parte com a distribuição ou com decisões proferidas no processo, não pode constituir motivo para que se instaure a dúvida. Se o órgão incompetente, segundo o entendimento da parte, aceitar sua competência, incumbe ao prejudicado recorrer na forma prevista pela lei processual. O Órgão Especial não tem, na hipótese, poder para revogar a decisão da Câmara ou Grupo a respeito de competência e anular a decisão de mérito que tenha sido proferida"*.

Verifica-se aqui, portanto, mero inconformismo da parte quanto ao desfecho de seu apelo ou, quando muito, equivocado manejo de instituto para fazer cumprir decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a seu aviso, malferida pela C. Câmara suscitada, o que não se admite nesta sede incidental. Ora, o conflito de competência pressupõe antagonismo (aqui inexistente) e não pode, nem deve, ser confundido com Reclamação ou utilizado como sucedâneo recursal.

Neste sentido, confira-se julgados da Corte Superior de Justiça:

"AGRAVO INTERNO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 115 DO CPC/1973. REQUISITOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DOS JUÍZOS. SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. CONFLITO NÃO CONHECIDO. 1. Na linha da jurisprudência desta Corte, somente se instaura o conflito de competência quando dois Juízos se declarem competentes ou incompetentes para processamento e julgamento de uma mesma demanda ou quando, por regra de conexão, houver controvérsia entre eles acerca da reunião ou separação dos processos. 2. ***O conflito de competência não pode ser usado como sucedâneo recursal****. Precedentes. 3. Segundo a Súmula nº 235/STJ, a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no CC 144.591/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. em 25.10.2017);*

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. UNIÃO. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. INCIDENTE NÃO DEMONSTRADO. 1. Cuida-se de conflito positivo de competência suscitado pela

União, instaurado entre o Juízo Federal da 2ª Vara da SJ/RS e os Juízos de Direito da 6ª, 10ª, 14ª e 19ª Varas Cíveis de Porto Alegre/RS e o Juízo de Direito da Vara Cível do Foro Regional Partenon – Porto Alegre/RS. 2. Para a configuração de conflito de competência, positivo ou negativo, é necessário que duas ou mais autoridades judiciárias, de esferas diversas, declarem-se competentes ou incompetentes para apreciar e julgar o mesmo feito, ou que incida a prática de atos processuais na mesma causa, por mais de um juiz. 3. A irresignação da União, na verdade, é contra a decisão do Juízo Federal que antecipou tutela para obstar os descontos em folha de empréstimos consignado do autor, militar reformado, sob pena de pagamento de multa, porquanto este ostentaria a condição de interditado. Ora, essa decisão deve ser discutida por meio dos recursos próprios, o que, em princípio, descaracterizaria o conflito de competência. 4. Além disso, as demandas propostas na Justiça Estadual em nenhum momento condenaram a União a manter os descontos, pois apenas confirmam a regularidade dos negócios jurídicos (empréstimos) realizados entre os particulares (Banco e militar reformado). Agravo regimental improvido. (AgRg no CC 124.743/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 12.12.2012);

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES PRESENTES NO ART. 115 DO CPC. 1. O presente conflito é incabível, na medida em que não se enquadra em nenhuma das hipóteses prevista no artigo 115 do CPC, mormente porque não há nos autos recusa de jurisdição do Juízo estadual, a configurar o alegado conflito negativo de competência. Carece, portanto, o incidente dos pressupostos indispensáveis à sua configuração. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no CC 125.755/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. em 25.02.2016)".

E neste C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Reclamação junto à Turma de Uniformização de Jurisprudência do Sistema dos Juizados Especiais não conhecida, por não demonstrada divergência entre o v. acórdão impugnado e a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça – ***Suscitantes alegam negativa de vigência ao que ficou estabelecido em recurso diverso, julgado pela Egrégia 8ª Câmara de Direito Público – Inexistência de conflito – Não aplicação das hipóteses previstas no art. 66 do Código de Processo Civil em vigor*** *– CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO. (CC 2275315-55.2019.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. em 04/3/2020)*

Diante do exposto, **NÃO CONHEÇO** do presente conflito de competência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0043659-30.2021.8.26.0000, da Comarca de Bariri, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª 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 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 35.027)**

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, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – INDENIZAÇÃO FUNDADA EM ERRO MÉDICO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES – AÇÃO AJUIZADA EM FACE DE MÉDICO E DO HOSPITAL – Responsabilidade civil de natureza privada, sem discussão a respeito da responsabilidade civil do Estado ou participação do ente público no polo passivo da ação – Atendimento realizado por meio do convênio com o Sistema Único de Saúde – Irrelevância – Pedido relacionado a erro médico e falha no atendimento hospitalar – Matéria que se enquadra no âmbito de competência da Seção de Direito Privado – Inteligência do art. 5º, inciso I, item I.24 da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da C. 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da apelação nº 0001909-71.2012.8.26.0062, oriunda de ação de indenização por danos materiais e morais, fundada na responsabilidade decorrente de falha na prestação de serviços médicos e hospitalares.

A 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do recurso originalmente distribuído, determinando a redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, sob o fundamento de que o atendimento se deu através do Sistema Único de Saúde – SUS, ao qual o hospital é conveniado, e, sendo assim, a matéria enquadra-se na hipótese de "ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no inciso III.15 do art. 5º desta Resolução", nos termos do artigo 3º, inciso I, item I.7, da Resolução nº 623/2013, com redação dada pela Resolução 736/2016.

A 5ª 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 responsabilidade civil por negligência ou imperícia dos réus (médica e hospital) em relação jurídica de natureza privada, e argumentando que, embora o hospital preste serviços também através do SUS, não houve imputação de qualquer falha ao ente público, que sequer foi arrolado na lide. Assim, incidiria a regra do art. 5º, inc. I, item I.24, da Resolução nº 623/2013 do C. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, que estabelece a competência das C. Câmaras da Seção de Direito Privado para o julgamento de recursos oriundos de "ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil".

É o relatório, passo ao voto.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação indenizatória movida em face de médica e hospital, pleiteando o pagamento de indenização por dano material e moral fundada em alegado erro médico ocorrido na prestação dos serviços hospitalares à 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 em dano decorrente de suposto erro médico no atendimento hospitalar da autora e tem como funda-

mento jurídico a responsabilidade civil regida pelo artigo 951 do Código Civil.

Nos termos da Resolução 623/2013, com redação dada pela Resolução 736/2016, assim se definiu a competência das seções de direito público e de direito privado, nos artigos 3º e 5º, respectivamente, para julgamento da ação de responsabilidade civil fundada no artigo 951, do Código Civil, *verbis*:

Art. 3º. A Seção de Direito Público, [...]: [...] I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos: a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações; [...]

Art. 5º. A Seção de Direito Privado [...]: [...] I.24 – Ações e execuções relativas à responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil, salvo o disposto no item I.7 do art. 3º desta Resolução.

A competência das Seções de Direito Público somente se dá nas ações indenizatórias que pleiteiam a responsabilização civil do Estado, nas quais o ente público figura no polo passivo da ação, o que não ocorre na hipótese dos autos, em que a autora ajuizou a ação em face da médica e da pessoa jurídica de direito privado, a entidade hospitalar na qual recebeu o atendimento médico. Irrelevante, portanto, o fato de que tal atendimento se deu no âmbito de convênio entre a entidade privada e o SUS.

Este é o entendimento uníssono e reiterado deste C. Órgão Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS PROPOSTA EM FACE DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS E DO HOSPITAL SÃO PAULO, GERIDO PELA ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA, BUSCANDO INDENIZAÇÃO POR NEGLIGÊNCIA, EM RAZÃO DE SUICÍDIO COMETIDO PELO FILHO DA AUTORA QUANDO INTERNADO NAS DEPENDÊNCIAS DO NOSOCÔMIO-REQUERIDO. MUNICÍPIO DE GUARULHOS QUE TEVE RECONHECIDA SUA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM, SEM QUALQUER OPOSIÇÃO DAS PARTES. ENTIDADE HOSPITALAR DE NATUREZA PRIVADA. COMPETÊNCIA DA C. CÂMARA SUSCITANTE, AO TEOR DO ART. 5º, i.24, DA RES. 623/2013 DO C. ÓRGÃO ESPECIAL. PRECEDENTES. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A C. 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. (TJSP; Conflito de competência cível 0007127-23.2022.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Guarulhos – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/09/2022; Data de Registro: 26/09/2022)

Conflito negativo de competência instaurado entre a C. 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo e a C.

Acesso ao Sumário

2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação interposta no bojo de ação de indenização por danos morais – Paciente que faleceu após ser internada em hospital gerido pela Santa Casa de Limeira – Atendimento realizado por meio do convênio com o Sistema Único de Saúde – SUS – Pedido relacionado à imperícia imputada ao profissional da saúde, com pretensão indenizatória por suposto erro médico (art. 951 do Código Civil) – Demanda entre particulares – Inexistência de qualquer relação com a responsabilidade do Estado – Matéria que se enquadra no âmbito de competência da Seção de Direito Privado – Inteligência do art. 5º, inciso I, item I.24 da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (2ª Câmara de Direito Privado). (TJSP; Conflito de competência cível 0027501-60.2022.8.26.0000; Relator: Vianna Cotrim; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Limeira – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/09/2022; Data de Registro: 22/09/2022)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUPOSTO ERRO ATRIBUÍDO A MÉDICO DE HOSPITAL QUE PRESTA ATENDIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, GERIDO PELA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PATROCÍNIO PAULISTA – ENTIDADE FILANTRÓPICA HOSPITALAR SEM FINS LUCRATIVOS – DEMANDA ENTRE PARTICULARES – PEDIDO RELACIONADO À IMPERÍCIA IMPUTADA AO PROFISSIONAL DA SAÚDE, VEICULANDO INEQUÍVOCA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR ERRO MÉDICO – PETIÇÃO INICIAL QUE NÃO FAZ QUALQUER REFERÊNCIA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – MATÉRIA QUE SE ENQUADRA NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 951 DO CÓDIGO CIVIL E 5º, ITEM I.24, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA E. CÂMARA SUSCITANTE". (TJSP; Conflito de competência cível 0037346-53.2021.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Patrocínio Paulista – Vara Única; Data do Julgamento: 17/11/2021; Data de Registro: 18/11/2021)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO. A Resolução nº 623/2013 conferiu às Câmaras da Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações de responsabilidade civil do Estado,

Acesso ao Sumário

compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações (art. 3º, item I.7, a). Hipótese em que a demandada é associação privada conveniada ao SUS. Aplicação do artigo 5º, item I.24, da referida resolução, segundo o qual são as 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal as competentes para julgar ações e execuções relativas à responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil. Conflito procedente, competente a 9ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar o recurso. (TJSP; Conflito de competência cível 0019115-75.2021.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Registro – 2ª Vara; Data do Julgamento: 06/10/2021; Data de Registro: 08/10/2021)

Conflito Negativo de Competência. Processo ajuizado por alegado erro médico em face da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos. Competência da E. Câmara suscitada, de Direito Privado, conforme o art. 5º, item I.24 da Resolução nº 623, de 16.10.2013, com a alteração introduzida pela Resolução nº 736, de 30.3.2016. Conflito procedente. (TJSP; Conflito de competência cível 0019639-72.2021.8.26.0000; Relator: Soares Levada; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São José dos Campos – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/08/2021; Data de Registro: 20/08/2021)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Erro médico – Hospital – Demanda ajuizada contra pessoa jurídica de direito privado, envolvendo matéria pertinente à responsabilidade civil decorrente de erro médico ou falha na prestação do serviço, nada tendo sido aduzido acerca de eventual regime de responsabilidade civil empregado aos entes estatais – Competência que cabe à Câmara integrante da Seção de Direito Privado – Hipótese em que, inobstante tenha o tratamento se dado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, tal circunstância não basta para o deslocamento da competência para o julgamento do feito – Artigo 5º, I.24, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte – Conflito procedente, reconhecida a competência da 9ª Câmara de Direito Privado. (TJSP; Conflito de competência cível 0020569-90.2021.8.26.0000; Relator: Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São Miguel Arcanjo – Vara Única; Data do Julgamento: 11/08/2021; Data de Registro: 12/08/2021)

Conflito de competência. Ação de indenização por erro médico. Intervenção cirúrgica realizada em entidade hospitalar cuja natureza é associativa, de direito privado. Incidência do artigo 5.I.24 da Resolução 623/13, e o que não se altera em função do atendimento pelo SUS. Precedentes. Conflito julgado procedente, para assentar a competência

Acesso ao Sumário

da Colenda Câmara suscitada. (TJSP; Conflito de competência cível 0004465-23.2021.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Barretos – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/03/2021; Data de Registro: 04/03/2021)

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 6ª 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 2044985-25.2020.8.26.0000/50006, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado APEOESP – SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DETERMINAR A CASSAÇÃO DAS LIMINARES CONCEDIDAS EM SEDE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.358OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2023.

DAMIÃO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração em Direta de Inconstitucionalidade. Emenda Constitucional 49/2020,

que "modifica o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos do Estado e dá outras providências". Reconhecimento da Ilegitimidade ativa da Autora. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Concessão de liminares, cassadas por decisão do C. Supremo Tribunal Federal. Dispositivo que não determinou expressamente a cassação da liminar. Em havendo a extinção do processo sem julgamento do mérito, a cassação da liminar é automática. Alegação de omissão. Inteligência do artigo 309, inciso III, do Código de Processo Civil. Embargos acolhidos.

VOTO

Apresentam a Mesa Diretora da ALESP e a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO os presentes embargos de declaração contra v. Acórdão de fls. 1168/1183 proferido em sede de ação direta de inconstitucionalidade que julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa da autora.

Sustenta a existência de omissão no V. Acórdão por não mencionar a expressa revogação das duas liminares concedidas de fls. 153/160 e 697, que foram suspensas pelo C. Supremo Tribunal Federal até o trânsito em julgado.

Aduz que, conquanto depreenda-se tacitamente a automática revogação das decisões liminares, à vista da extinção do processo sem resolução de mérito, a teor do disposto no art. 309, III, do CPC, assim como *mutatis mutandi*, do art. 7º, § 3º da Lei nº 12.016/2009 (LMS) e da Súmula 405 do C. Supremo Tribunal Federal, considerando a relevância da discussão posta, e diante do propósito de maximizar a segurança jurídica na situação vertente, em especial por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, pleiteia a manifestação expressa a respeito da revogação das liminares.

É o relatório.

Os presentes embargos devem ser acolhidos.

APEOESP – Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo ingressou com ação direta de inconstitucionalidade em face da Emenda Constitucional nº 49, de 6 março de 2.020, do Estado de São Paulo, que "modifica o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos do Estado e dá outras providências".

Na parte em que interessa aos presentes embargos, foi deferida a liminar (fls. 153/160), com interposição de agravo interno pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 167/189), ALESP (fls. 417/446), e Procuradoria Geral do

Acesso ao Sumário

Estado (fls. 494/516), prejudicados diante de decisão proferida pelo C. Supremo Tribunal Federal, que deferiu pedido de suspensão da liminar formulado pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (fls. 199/211).

A ALESP pleiteou o sobrestamento da ação direta de inconstitucionalidade para aguardar o julgamento da ADPF 637, em curso perante o C. Supremo Tribunal Federal (fls. 627/631).

O então Desembargador Relator do feito determinou o sobrestamento do processo por noventa dias (fl. 676) e deferiu a liminar pleiteada pela autora para determinar que a SPPREV se abstivesse de fazer a cobrança da contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas sobre aquele valor que exceder o valor do salário-mínimo, mantendo essa cobrança apenas sobre o valor das aposentadorias e pensões que excedem o valor do teto de benefício pago pelo regime geral de previdência social (fls. 697), suspensa posteriormente por decisão do C. STF (fls. 706/710).

Com efeito, foram duas liminares concedidas, porém ambas suspensas por decisão do C. Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a extinção do processo, sem julgamento do mérito, acarreta a automática revogação da liminar outrora concedida.

Isso porque a fundamentação da decisão final substitui integralmente a decisão interlocutória concessiva da liminar/tutela antecipada, e, nesse ponto, seria suficiente ao afastamento imediato do quanto decidido em sede de análise inicial.

O artigo 309, do Código de Processo Civil, esclarece a esse respeito, no sentido de que cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente quando o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito:

> "Art. 309. **Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente**, se:
>
> I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
>
> II – não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;
>
> III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou **extinguir o processo sem resolução de mérito."**

Nesse sentido especifica a doutrina, fazendo a distinção necessária entre a cognição sumária e definitiva: "Improcedência do pedido principal – inciso III. O inciso III prevê a **cessação da medida** quando houver julgamento de improcedência do pedido principal formulado pelo autor ou **extinção do processo sem resolução de mérito**. Por certo, a **eficácia da tutela cautelar** – que serve para garantir a utilidade do pedido principal – **só faz sentido se a tutela principal for procedente**. Caso o resultado seja o julgamento de improcedência do pedido final ou mesmo a extinção do processo sem resolução do mérito, não se pode cogitar de manutenção da tutela cautelar, pois **sua eficácia está umbilical-**

mente ligada ao resultado do pedido principal. E nem poderia ser diferente, diante do confronto entre uma **decisão fundada em cognição sumária (cautelar)** e outra plasmada por **cognição definitiva (pedido principal)**, no qual sempre deve prevalecer esta última." (Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 574)

Também em caso análogo ao mandado de segurança, o C. Supremo Tribunal Federal fixou a Súmula nº 405: *"Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, **fica sem efeito a liminar concedida**, retroagindo os efeitos da decisão contrária."*

Assim, tendo a ação sido julgada extinta, sem decisão de mérito, é de se acolher os embargos para declarar a cassação das liminares concedidas, já anteriormente cassadas por decisão da Corte Suprema.

Isso posto, **acolhem-se os presentes embargos de declaração para determinar a cassação das liminares concedidas em sede da ação direta de inconstitucionalidade.**

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2276243-98.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ANTONIO CARLOS DE SOUZA SANTANA e paciente ESTEVÃO DOMINGOS SANTI JUNIOR, é impetrado SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.769)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS

Acesso ao Sumário

FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. CAC's. Pretensão a um salvo conduto para portar armas, desobrigado de vistoria e fiscalização dos agentes de segurança. Ordem impetrada contra Secretário de Segurança Pública do estado de São Paulo. Ilegitimidade Passiva. Inexistência de qualquer ato ilegal imputável àquela autoridade. Autoridade coatora há de ser a pessoa que ordena ou omite prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Ordem não conhecida.

VOTO

Impetração de *Habeas Corpus* com pretensão de que fosse expedido em prol do paciente salvo-conduto em face do E. Secretário de Segurança Pública, a pretexto de ser ele "o responsável pelos atos praticados pelos agentes de segurança pública e prestadores de serviços diretos e indiretos do estado de São Paulo" (fl. 1).

O impetrante expressou que o paciente corre "imenso risco de ter seu direito prejudicado e sofrer danos irreparáveis ou ainda de difícil reparação, conforme se comprova pelas incomensuráveis coações e arbítrios praticados ilegalmente aos seus companheiros CAC's (Colecionador, Atirador e Caçador) em São Paulo e pelo Brasil a fora" (*verbis*, fl. 2).

A título de *direito líquido e certo* invocou "o disposto nos parágrafos III e IV do Artigo 83 do Decreto Presidencial nº 10.627/2021, no Artigo 135-A da COLOG nº 28 de 2017 do Exército Brasileiro, no Artigo 5º, parágrafo 3º do Decreto Presidencial nº 10.629/2021, no Artigo 61 da COLOG nº 150 de 2019 e finalmente no inciso IX do Artigo 6º do estatuto do desarmamento Lei 10.826/03" (*verbis*, fl. 5).

Esclareceu ser "praticante assíduo de tiro desportivo, dirigindo-se semanalmente a clubes e eventos de tiro, não raras as vezes, [quando] ao ser abordado por policiais militares e de logo avisar que possui armas de fogo, estando uma delas municiada e a pronto uso, ser submetido a famigerada 'geral' onde todo o seu veículo é vistoriado por um agente policial, seus dados são conferidos via COPOM e SINESP e, por vezes é tem o seu acervo constrito e é conduzido até Distrito Policial, onde aguardando a autoridade presente a verificar sua documentação" (fl. 5).

Acesso ao Sumário

Textualmente esclareceu quais são as suas pretensões: "na presente demanda busca, tão somente, garantir o direito para que sempre que estiver em deslocamento entre acervos, ou ainda em trânsito a clubes de tiro, treinamento, exposição e congêneres, possa portar uma arma de fogo de seu acervo, municiada para a proteção de seu acervo, sem ser criminalizado e exposto a humilhação, portando a documentação necessária" (*verbis*, fl. 13).

Em reforço de seus argumentos trouxe decisões interlocutórias do plantão judiciário da comarca de Jundiaí, além de cópias de jornais do Maranhão e referências a reportagens televisivas.

Postula a concessão da ordem visando a expedição de salvo conduto "para que possa transportar uma arma de seu acervo municiada quando estiver em trajeto para clube de tiro, treino, exposição e congêneres" (*verbis*, fl. 14).

Indeferida a liminar, dispensei informações judiciais (fl. 30).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs o não conhecimento ou a denegação da ordem, pela ilegitimidade passiva e inadequação do meio (fls. 35/39).

É o resumo.

Revisitando os fundamentos de minha deliberação interlocutória, quando então indeferi o pedido de antecipação de tutela, torno a repetir que, a meu sentir, não há um ato material sequer praticado pela Autoridade apontada como coatora.

A ilegitimidade é patente, como patente a inadequação, bem destacada no r. parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, inclusive com invocação de precedentes deste colendo Órgão Especial, autos de *habeas corpus* números 2217337-28.2016; 0059730-83.2016; 2093945-80.2018 e 0018911-07.2016.

Na doutrina de Hely Lopes Meirelles, *"considera-se 'autoridade coatora' a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e* ***não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução****"* (Mandado de segurança. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66). E a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no mesmo sentido: *"autoridade coatora é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade"* (RMS 55384/GO, Segunda Turma, Ministro Herman Benjamin, j. em 19 de abril de 2018).

E mesma conclusão é aquela destacada pela d. Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer: *"deve ser considerada a* ***ilegitimidade passiva*** *do Secretário de Segurança Pública. O alegado risco de prisão depende de ato do Delegado de Polícia e não propriamente de ato do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, superior hierárquico das Polícias na estrutura do Poder executivo do Estado de São Paulo"* (*verbis*, fl. 36).

Hipótese de ilegitimidade passiva. Mais, de impropriedade da impetra-

Acesso ao Sumário

ção, sem olvidar ainda que, na esteira disso, deu-se o inadequado deslocamento da impetração para a competência do Órgão Especial. Nas condições desta impetração não se há falar em direito líquido e certo a um salvo conduto, em consonância com a pretensão de sempre deambular armado, porque, a cada transporte que fará, a critério dos agentes da autoridade, será preciso avaliar se ali, então, estarão preenchidos os respectivos requisitos legais.

E para agirem no cumprimento do dever os policiais não precisam de autorização superior.

Também, como bem frisou a d. Procuradoria Geral de Justiça, *"não se presta o habeas corpus como instrumento para autorizar o porte de arma de fogo como uma via transversa, sob pena de invasão das atribuições da Polícia Federal"* (fl. 37). Reforça tal orientação precedente deste colendo Órgão Especial, vale dizer, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 2093945-80.2018.8.26.0000, em que serviu de relator o e. Desembargador Xavier de Aquino, em 08 de agosto de 2018.

Sem prejuízo, como qualquer cidadão, o paciente dispõe de outras formas de coibir eventuais ações que entenda seriam arbitrárias, por exemplo, representando aos respectivos superiores hierárquicos contra agentes que, eventualmente, no desempenho de suas atribuições funcionais, não se alinhem ao direito positivo.

Então, se inexistente plausibilidade em relação ao quanto alegado, meu voto propõe a denegação da ordem.

Inquéritos Policiais

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0022056-61.2022.8.26.0000, da Comarca de (...), em que , é investigada (...). (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.770)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS

GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Ministério Público. Investigação. Proposta de arquivamento. Acolhimento na esteira de precedentes do STF, STJ e deste Órgão Especial.

VOTO

Promoção de arquivamento de representação criminal contra MM Juíza de Direito, de lavra da d. Procuradoria Geral de Justiça, pedido aquele acompanhado de certidão contendo informações relativas à publicação da correspondente promoção do sobredito arquivamento no Diário Oficial do Estado, reportando o decurso do prazo recursal sem impugnação no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 303/304). Extraio de fl. 340 o **resumo dos fatos**:

"Trata-se de autos de pedido cautelar de expedição de mandado de busca e apreensão, que tramitava, sob nº (...), perante a (...) Vara de (...). A medida cautelar visava a produzir prova para a instrução do IP nº (...), instaurado para apurar eventual prática de crimes de violência sexual mediante fraude (art. 215 CP) pelo médico (...), no início do ano de (...), durante exames realizado nas vítimas (...) e (...), em unidade básica de saúde. Deferido o pedido (fls. 85), o mandado foi devidamente cumprido em 27/04/2022, com a apreensão de aparelhos de telefone celular e computadores do investigado (cf. fls. 97/103, a fls. 149/183). Encaminhado os aparelhos à perícia, juntou-se aos autos o laudo nº (...), a fls. 149/183. No laudo, foi examinado um aparelho de telefone celular, (...), 'a fim de verificar a existência de conteúdos de cunho sexual, vídeo, fotos, conforme decisão judicial que autoriza a quebra de sigilo dos mesmos (fls. 150)

E há mais ainda acerca do ocorrido:

"Foi destacada conversa com o contato '(...)', (...)@(...), (...) Foram também destacados trechos de outras conversas com o mesmo contato '(...)'. (...) Diante do conteúdo dessas conversas, o d. Promotor de Justiça oficiante em primeiro grau postulou, em 23.06.2022, o retorno dos autos à delegacia de origem para identificação e oitiva de (...), bem como pela juntada das fotos e documentos mencionados no laudo (fls. 188). Depois, no dia 30.06.2022, o d. Promotor de Justiça comunicou ter sido procura-

do pela defesa do denunciado (...), via e-mail, informando que '(...) cuida-se da Sra. (...), Meritíssima Juíza de Direito do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e solicitou [a defesa] para que ela fosse ouvida nesta promotoria de justiça em data e horário previamente designados' (fls.189). Foi requerida, então, a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça (fls. 189), o que foi deferido a fls. 194. Observo que os presentes autos foram desapensados do IP nº (...) (cf. certidão de fls. 197), que prosseguiu para a apuração da conduta do médico (com denúncia já oferecida e ação penal em andamento). Nestes autos, havia menção de que a MM. Juíza, possivelmente, teria consultado a folha de antecedentes de uma das vítimas, para confirmar a sua identidade, o que poderia, em tese, configurar o delito previsto no art. 325, § 1º, inciso II, do Código Penal (...) Assim, foi requerida a oitiva da magistrada (fls. 232/238), o que foi deferido após a juntada de documentos (v. fls. 254/256, 264/282. 289/290). O interrogatório foi realizado (fls. 305/326), ocasião em que a MM. Juíza prestou seus esclarecimentos e negou qualquer infração".

Descritos os fatos, o e. Procurador-Geral de Justiça postulou o arquivamento das peças com esta fundamentação, *verbis*, fls. 348/349:

"(...) Diante desse contexto, entendo desnecessário o prosseguimento de qualquer investigação.

Em primeiro lugar, a relação de parentesco existente entre a juíza e seu primo investigado justificam as conversas travadas, sem que se possa falar em qualquer excesso, ao menos passível de punição em sede de direito penal.

De outro lado, ficou bem esclarecido que a referência a FA não se tratava de folha de antecedentes, mas sim da ficha de atendimento da paciente.

A explicação apresentada é verossímil diante das circunstâncias apresentadas, não se justificando a realização da pesquisa a que, diga-se de passagem, a magistrada colocou a disposição.

Até porque, considerando a prova produzida, mesmo que se chegasse à conclusão de que a juíza acessara o banco de dados restrito da folha de antecedentes, tal não seria suficiente, por si só, para a configuração do delito.

(...) E não há prova nos autos de que a informação tivesse sido efetivamente utilizada.

Em suma, como dito, os elementos existentes nos autos não possuem substância necessária (para) *o prosseguimento de investigação criminal.*

Diante das razões expostas, não despontando nestes autos dados plausíveis capazes de levar ao reconhecimento da prática de infração penal por parte da MM. Juíza de Direito (...), 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."*

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Considerando o quanto manifestado pelo Ministério Público, sendo as peças de informação da competência originária e cabendo eventual iniciativa da ação penal ao próprio *Parquet*, não é permitido ao colendo Órgão Especial obrigá-lo a prosseguir com as investigações e tampouco oferecer denúncia porquanto afastada a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. Aliás, aqui nem é o caso, porque evidentemente a MM Juíza não avançou o sinal, impossível não considerar diálogo – captado ao acaso – de cunho estritamente familiar.

Exatamente assim a col. Suprema Corte teve oportunidade de proclamar, destaco abaixo dois precedentes:

> *"Representação Criminal. Senador da República. Crime Eleitoral. Ausência de elementos de tipicidade a justificar a persecução penal. pedido de arquivamento dos autos pelo Procurador-Geral da República. Irrecusabilidade. Precedentes. Arquivamento determinado" (Pet. nº* 5.224/SE, Relatora Ministra CÁ*RMEN LÚCIA)*
>
> *"INQUÉRITO* E PEÇAS CONSUBSTANCIADORAS DE *'NOTITIA CRIMINIS' – ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUE NÃO VISLUMBRA A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL – IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA 'OPINIO DELICTI' – IRRECUSABILIDADE DESSE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO – DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERE A POSTULAÇÃO DEDUZIDA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ATO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL – RECURSO NÃO CONHECIDO. O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA FORMAR A 'OPINIO DELICTI', NÃO PODE SER RECUSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*
>
> *– Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de 'notitia criminis', motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a 'opinio delicti', por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes"* (Pet. nº 2.509-AgR/MG, Relator Ministro CELSO DE MELLO).

De igual tom julgados do e. Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

> *"(...) No que se refere à insuficiência de elementos de convicção, 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*

Acesso ao Sumário

Corte, não sendo aplicável o disposto no art. 28 do CPP. (...) Pedido de arquivamento deferido, com a ressalva do art. 18 do CPP" (Inq. Nº 818/DF, Relatora Min. NANCY ANDRIGHI, Corte Especial do STJ, julgado em 04/09/2019)

"Cuidando-se de suposto crime de competência originária deste Eg. Superior Tribunal de Justiça, cuja apuração se dá mediante ação penal pública, o pedido de arquivamento formulado pelo representante do Ministério Público Federal é vinculativo, ou seja, há de ser acatado, não se aplicando a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal. Precedentes: AgRg na Sd nº 136/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, DJ de 04.08.2008; *REsp* nº 819.992/BA, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 02.10.2006, *AgRg na Sd* nº 32/PB, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, *DJ de 05/09/2005 e AgRg na Rp* nº 328/MG, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 07/11/2005. II – *Agravo regimental improvido"* (AgRg. na Rp. nº 314/MG, Corte Especial do STJ, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO).

E neste col. Órgão Especial:

"Representação Criminal – Envio de cópias dos autos de ação cominatória para apuração de eventual desobediência à ordem judicial consistente no não fornecimento de medicamento – Requerimento de arquivamento, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, por não vislumbrar a conduta de descumprimento voluntário – Irrecusabilidade do pedido do titular da ação – Precedentes do E. STF e deste colegiado – Arquivamento da representação. (Representação Criminal nº 2240622-50.2016.8.26.0000 – ÓRGÃO ESPECIAL – TJ/SP, Rel. Des. ÁLVARO PASSOS, julgada em 1º de fevereiro de 2017, determinaram o arquivamento dos autos, votação unânime)

Representação Criminal – Tratamento médico – Fornecimento de medicamento a paciente portadora de Esclerose Múltipla – Apuração de fatos sob o argumento de descumprimento de ordem judicial – Secretário da Saúde do Estado de São Paulo – Crime de desobediência não configurado – Proposta de arquivamento formulada pelo Procurador-Geral de Justiça diante da ausência de elementos de formação da 'opinio delicti' – Pedido de arquivamento que não pode ser recusado por este E. Tribunal de Justiça – Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do C. Órgão Especial. Pedido de arquivamento acolhido. (Representação Criminal nº 2188441-72.2016.8.26.0000, TJSP Órgão Especial, Rel. Des. RICARDO ANAFE, julgada em 5 de outubro de 2016, determinaram o arquivamento dos autos, votação unânime)

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Desobediência à ordem judicial por Secretário de Estado – Demora no fornecimento de medicamentos – Itens não disponíveis nos programas governamentais, o que reclamou abertura de processo licitatório e aguardo da apresentação, pela interessada, das prescrições médicas – Crime não caracterizado – Proposta da

Acesso ao Sumário

Procuradoria de Justiça pelo arquivamento que, ademais, nem pode ser recusada – Expediente arquivado. (Representação Criminal nº 2031807-48.2016.8.26.0000, Órgão Especial TJSP, Rel. Des. ARANTES THEODORO, julgada em 16 de março de 2016, determinaram o arquivamento dos autos, votação unânime).

Nem se olvide a doutrina de FERNANDO TOURINHO FILHO, que reforça nossa convicção:

"(...) 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 não poderá tomar o Tribunal senão acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição. E se o pedido for formulado pelo Subprocurador da República, deverá ainda ser ouvido o Procurador-Geral, se houver manifestação do Tribunal contrária ao arquivamento? Sabemos competir ao Procurador-Geral da República intentar ação penal originária, nos casos previstos no art. 105, I, a, da CF, junto ao STJ, nos termos do art. 48, II, da Lei Complementar n. 75/93. Essa atribuição, contudo, pode ser delegada a Subprocurador-Geral da República, de acordo com o parágrafo único desse mesmo artigo. Desse modo, agindo por delegação em nome do Procurador-Geral, outra alternativa não restará ao Tribunal senão acolher o pedido (...) A delegação é para que o Subprocurador-Geral oficie naquele feito como se Procurador-Geral da República fosse" (Código de Processo Penal Comentado, Ed. Saraiva, vol. 1, 13ª ed., 2010, págs. 152/155).

Então, respeitosamente, nestes exatos termos, considerando não competir ao Poder Judiciário rever ou sobrepor-se à deliberação do representante do Ministério Público, que deliberou inexistir razão para sequer cogitar a propositura de ação penal da qual é titular (art. 129, inciso I, da Carta Magna), e tendo ainda em vista o princípio constitucional da independência funcional, é de absoluto rigor o acolhimento deste pedido.

De sorte que proponho ao col. Órgão Especial a representação pelo arquivamento, formulada pela Procuradoria Geral de Justiça, com determinação de arquivamento dos autos, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90, sem nenhuma anotação em prontuário. Ciência à MM Juíza.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 2257584-41.2022.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é autor L.F.M., é indiciada (...)

(JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM O PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL E REGIMENTAL E DETERMINARAM A CORREÇÃO DA CLASSE PROCESSUAL E O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.264)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2023.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Representação Criminal contra Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela prática de crime de abuso de autoridade (artigo 27 da Lei Federal nº 13.869/19). Ausência de elementos à persecução criminal. Proposta de arquivamento feita pelo D. Procurador-Geral de Justiça. Acolhimento. Arquivamento irrecusável, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei Federal nº 8.038/90.

VOTO

Acesso ao Sumário

I. Trata-se de representação criminal ofertada por L.F.M. contra (...), Juíza de Direito da (...) da Comarca de (...), requerendo a instauração de inquérito policial para apuração da prática de crime de abuso de autoridade, tipificado no artigo 30 da Lei Federal nº 13.869/19.

O D. Procurador de Justiça oficiante, agindo por delegação do D. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, propôs o arquivamento da representação criminal. O autor manifestou-se a fls. 92, retificando a capitulação legal para o artigo 27 da Lei de Abuso de Autoridade (Lei Federal nº 13.869/19), tornando a manifestar-se a fls. 116/126. Este, em síntese, o relatório.

II. É hipótese de arquivamento do feito.

O D. Procurador de Justiça oficiante assim se manifestou:

"Da prolixa redação da representação extrai-se que, enquanto magistrada, nos autos do Incidente de Suspeição Cível, processado sob o n. (...) perante aquele juízo, a representada, depois de rejeitar embargos de declaração interpostos pelo representante, com viés nitidamente protelatório, teria determinado o encaminhamento de cópias à Corregedoria Geral da Justiça, ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil, para ciência e eventuais providências.

Nesse contexto, o representante sustenta que a representada teria incorrido nas penas do artigo 30 da Lei n. 13.869/19, (...)

(...)

Douto Relator, a presente representação criminal deve ser arquivada de plano, ante a atipicidade da conduta empreendida pela magistrada representada.

Da própria documentação que instrui a representação decorre a segura conclusão de que o representante traz à análise questão meramente jurisdicional, desprovida de qualquer colorido jurídico-penal.

Não há notícia de que os provimentos jurisdicionais da lavra da representada tenham sido reformados pelas instâncias superiores, nem mesmo que tenha sido reconhecida a sua parcialidade na condução de processos em que o representante figura como parte.

Verifica-se que as manifestações jurisdicionais da representada se encontram devidamente fundamentadas e a discordância com os seus termos deve ser levada aos órgãos jurisdicionais revisores por intermédio dos meios de impugnação adequados.

Lembre-se, por oportuno, que, com o deliberado escopo de não tipificar o que se convencionou chamar de 'crime de hermenêutica', o § 2º, do artigo 1º da Lei n. 13.869/2019 dispõe que 'a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade'.

Ademais, pelo que se depreende do material que instrui a representação, em deliberada litigância de má-fé (artigo 80 do Código de Processo Civil), o representante opôs resistência injustificada ao andamento do processo, provocou incidentes manifestamente infundados, prontamente repelidos pelos órgãos jurisdicionais superiores, e interpôs recursos com intuito manifestamente protelatório, o que impunha a representada a tomada de medidas enérgicas para coibir tal comportamento desleal (artigo 81 do Código de Processo Civil).

Nesse cenário, é imperioso concluir que a conduta funcional da magistrada não foi impulsionada pelo elemento subjetivo especial exigido para a configuração de todo o crime de abuso de autoridade, nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei n. 13.869/2019, ou seja, não é possível dizer que tenha agido com

Acesso ao Sumário

a finalidade específica de beneficiar ou prejudicar quem quer que seja, muito menos, por mero capricho ou para a satisfação pessoal. A representada visava, única e exclusivamente, garantir a celeridade do andamento do processo, em cumprimento ao que determina o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República.

Nestes termos, ante a inexistência de evidências da prática de qualquer infração penal a ser apurada, por delegação do Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público e Portarias de números 4823/2022, 4824/2022 e 4825/2022 – PGJ), com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal, requeiro o ARQUIVAMENTO da presente representação criminal." (textual – fls. 85/87).

Sabido que não é possível ao Tribunal de Justiça recusar o arquivamento do feito quando proposto pelo D. Procurador-Geral de Justiça, ainda que o seja por delegação a Procurador de Justiça, o arquivamento da representação criminal é medida de rigor.

Nesse sentido, precedentes deste Órgão Especial:

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Oferecimento de denúncia por Promotor de Justiça que resultou em sentença condenatória. Alegação de falsidade da denúncia que não se sustenta. Tese rechaçada por esta Corte em HC. Fatos narrados que não evidenciam a prática de qualquer infração penal. Requerimento Ministerial de arquivamento dos autos. Deferimento." (Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2157640-66.2022.8.26.0000, Rel. o Des. DÉCIO NOTARANGELI, Órgão Especial, j. 21.09.2022).

"Representação criminal contra deputado estadual por suposta prática de crime de ódio ou de incitação à discriminação – art. 20 da Lei 7.716/89 – promoção de arquivamento pelo MP – ausência de elementos a autorizar a instauração da ação penal – irrecusabilidade do requerimento formulado pelo titular da ação penal – acolhimento do pleito, com determinação de arquivamento dos autos" (Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2160387-86.2022.8.26.0000, Rel. o Des. VICO MAÑAS, Órgão Especial, j. 31.08.2022).

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL/NOTÍCIA DE CRIME. Proposta de arquivamento dos autos pela Procuradoria Geral de Justiça. Acolhimento que é medida de rigor. Representação arquivada, nos termos do art. 3º, inc. I, da Lei nº 8.038/90, com as ressalvas do art. 18, do Código de Processo Penal." (Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2153550-15.2022.8.26.0000, Rel. o Des. FÁBIO GOUVÊA, Órgão Especial, j. 24.08.2022).

"Representação criminal contra promotora de justiça – Promoção de arquivamento por parte da D. Procuradoria Geral de Justiça, motivada por ausência de fatos que justifiquem a instauração de investigação criminal – Acolhimento – Irrecusabilidade do pedido de arquivamento – Jurisprudência

Acesso ao Sumário

pacífica do E. STF e deste C. Órgão Especial – Representação arquivada." (Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2130855-67.2022.8.26.0000, Rel. a Des. LUCIANA BRESCIANI, Órgão Especial, j. 6.07.2022).

E do Colendo Supremo Tribunal Federal, em antigo pronunciamento ainda de integral validade:

"É irrecorrível a decisão que acolhe pedido de arquivamento de inquérito policial ou de peças consubstanciadoras de 'notitia criminis' (RT 422/316), quando deduzido pelo Procurador-Geral da República, motivado pelo fato de não dispor de elementos que lhe possibilitem o reconhecimento da existência de infração penal, pois essa promoção – precisamente por emanar do próprio Chefe do Ministério Público – traduz providência de atendimento irrecusável pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvada, no entanto, a possibilidade de reabertura das investigações criminais (CPP, art. 18 – Súmula 524/STF), desde que, havendo provas substancialmente novas (RTJ 91/831 – RT 540/393 – RT 674/356, v.g.), a prescrição da pretensão punitiva do Estado ainda não tenha ocorrido." (STF, Pleno, Agravo Regimental na Petição 2.820, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 02.03.2004).

Assim, irrecusável o pleito de arquivamento, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei Federal nº 8.038/1990[1].

III. Pelo exposto, determina-se o arquivamento da representação criminal.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Coletivo nº 2086846-20.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes MARILU RAMOS GONCALVES ZANIBONI, PAULO DIAS PEREIRA, PAULO DOS SANTOS RODRIGUES, ANDRESSA CRISTINA RODRIGUES, DIRCEU LOPES e GRAZIELLE CORREA DA SILVA PEDRO, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.093)**

1 Art. 3º – Compete ao relator: I – determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal;

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 14 de dezembro de 2022.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra ato omissivo do Governador do Estado de São Paulo no âmbito de concurso público para nomeação dos impetrantes ao cargo de enfermeiro – Candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital – Lei Complementar nº 173/2020 que suspendeu a contagem dos prazos de validade dos concursos públicos homologados, para o enfrentamento do déficit orçamentário trazido pela pandemia de Covid-19 – Impetrantes que foram convocados para se manifestarem por vagas remanescentes, sem contudo, terem sido nomeados – Ausente justificativa razoável para a omissão da Administração – Hipótese de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, caracterizada por comportamento tácito e necessidade inequívoca de preenchimento de mais vagas – Tema 784 de Repercussão Geral – Demonstração de direito líquido e certo dos impetrantes à nomeação aos cargos – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marilu Ramos Gonçalves Zaniboni, Paulo Dias Ferreira, Paulo dos Santos Rodrigues, Andressa Cristina Rodrigues, Dirceu Lopes e Grazielle Corrêa da Silva Pedro, contra atos do Sr. Governador do Estado de São Paulo.

Argumentam os impetrantes que possuem direito líquido e certo de obterem a nomeação ao cargo de enfermeiro – Hospital Heliópolis, pois o concurso

público para provimento de referido cargo foi homologado em 17.01.2017 (fls. 134), com validade de dois anos e prorrogado por igual período, sendo que até foram convocados para manifestarem eventual interesse pelas vagas oferecidas. Contudo, a autoridade coatora, valendo-se da Lei Complementar nº 173/2020, que suspendeu a realização de novos concursos, bem como a nomeação de novos servidores, tem preterido a nomeação, bem como tem realizado contratações temporárias para o mesmo cargo, o que demonstra a necessidade de pessoal bem como a existência de orçamento para a contratação.

O pedido de liminar foi indeferido – fls. 205/211.

O Sr. Governador do Estado de São Paulo alegou, em preliminar, que o concurso já teve o seu prazo de validade expirado, que os candidatos foram aprovados fora do número de vagas previsto no edital, inexistindo, assim, preterição do direito dos impetrantes, bem como inexistência de direito líquido e certo à nomeação ao cargo, ante a superveniência de situação excepcional decorrente da pandemia de Covid-19, bem como que a contratação de temporários foi para atender necessidade temporária e excepcional, prosseguindo-se à nomeação dos candidatos remanescentes, de acordo com a necessidade e conveniência do órgão, obedecida a ordem de classificação, não sendo suficiente para alcançar a classificação dos impetrantes – fls. 283/292.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem – fls. 300/312.

É o relatório.

Consta dos autos que os impetrantes foram aprovados, respectivamente, em 57º, 155º, 65º, 116º, 82º e 250º lugares no concurso público de enfermeiro – Hospital Heliópolis, mas que não foram nomeados até o momento, pleiteando a investidura ao cargo ao qual foram aprovados em concurso já homologado.

Razão assiste aos impetrantes.

No caso dos autos, os candidatos foram aprovados fora do número de vagas previstas no edital do certame: estava prevista apenas 01 (uma) vaga.

O concurso em que os impetrantes foram aprovados, que tinha validade de dois anos, fora prorrogado por igual período, tendo o certame expirado em 17.01.2021.

A lei complementar nº 173/2020, que veio estabelecer regras para enfrentamento à pandemia de Covid-19, através de seu artigo 8º, inciso V, proibiu até 31.12.2021, a realização de concursos públicos, exceto para a contratação temporária por tempo determinado para atender necessidade excepcional de interesse público, como foi o caso da pandemia.

Assim, considerando-se que o prazo de validade do certame se prorrogou até 31.12.2021, não há que se falar em decadência, pois os autores impetraram o *"mandamus"* em 20.04.2022, ou seja, dentro do prazo de 120 dias previsto pelo

Acesso ao Sumário

artigo 23 da lei nº 12.016/2009.

Ainda, durante a vigência do concurso, houve nomeação de candidatos remanescentes, conforme a necessidade e a conveniência da Secretaria de Saúde, tendo sido ofertadas mais 48 vagas, e os candidatos, por ordem de classificação, devidamente nomeados, não alcançando as posições dos impetrantes, pois classificados respectivamente em 57º, 155º, 65º, 116º, 82º e 250º lugares.

De outro lado, houve ao mesmo tempo a contratação de temporários, em tese para atender necessidades temporárias e de excepcional interesse público, e posterior convocação de mais candidatos aprovados fora do número de vagas do edital em razão de vagas remanescentes abertas, configurando, no caso concreto, efetiva necessidade de preenchimento de vagas dos cargos postos à disposição, considerando-se também que os impetrantes foram convocados para se manifestar pelo interesse pelas vagas remanescentes, como se vê às fls. 64/65, 67, 69 e 73.

Após a convocação, não restou comprovada nenhuma motivação ou justificativa razoável para a omissão da Administração em não nomear os ora candidatos aos cargos pretendidos.

O tema, inclusive, já foi objeto da **Repercussão Geral nº 784** (Recurso Extraordinário 837.311/PI, j. 09.12.2015, relator Min. Luiz Fux), em que se discutiu *"à luz, dos arts. 2º, 5º, LV e 37, III e IV, da Constituição Federal, a existência, ou não, de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no edital do concurso público quando surgirem novas vagas durante o prazo de validade do certame"*, fixando-se, ao final, a seguinte tese:

> ***"O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:***
>
> ***I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;***
>
> ***II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;***
>
> ***III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candi-***

Acesso ao Sumário

datos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima."

Cumpre anotar que a convocação dos candidatos para manifestarem eventual interesse por vagas remanescentes não estabeleceria qualquer vínculo obrigacional da Administração de nomeação posterior, gerando, apenas, expectativa de direito à nomeação, e desde que fosse apresentada justificativa razoável para eventual desistência das nomeações.

Contudo, no caso concreto, não se vislumbra qualquer ato posterior à convocação que liberasse a Administração de nomear os impetrantes aos cargos aos quais manifestaram interesse, devendo, por esse motivo, ser concedida a segurança, pois configurada a necessidade de preenchimento das vagas.

Ao enfrentar o tema em casos análogos, decidiu o Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

> *"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/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*

Acesso ao Sumário

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 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." (MS nº 2093178-03.2022.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 16.11.2022, v.u.);

"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 re-*

manescentes, 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." (MS nº 2070283-82.2021.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 01.12.2021, v.u.);

"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

Acesso ao Sumário

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." (MS nº 2025249-84.2021.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 06.10.2021, v.u.).

Desta forma, possuem os impetrantes direito líquido e certo à nomeação aos cargos.

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Coletivo nº 2143193-73.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ROSANA E CARVALHO MILESSI, MARIA CICERA DA SILVA MARCOS, MARLENE JENSEN DA SILVA, ELENA JENSEN e CLEONICE ELIAS GAMA, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM A PETIÇÃO INICIAL E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.759)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

VIANNA COTRIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de segurança – Concurso Público para o cargo de enfermeiro na Unidade de Gestão Assistencial I – Hospital Heliópolis – Alegação de direi-

to subjetivo à nomeação – Suspensão da validade do concurso, decorrente da pandemia de Covid-19, expirada em 31/12/2021 – Decurso de mais de 120 (cento e vinte) dias entre o término do certame e a data da impetração – Decadência reconhecida, na hipótese – Petição inicial indeferida – Inteligência do artigo 23 da Lei nº Lei 12.016/2009 – Segurança Denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Rosana de Carvalho Milessi, Maria Cícera da Silva Marcos, Marlene Jensen da Silva, Elena Jensen e Cleonice Elias Gama contra o Governador do Estado de São Paulo objetivando a sua imediata nomeação e posse no cargo de enfermeiro para o qual foram aprovadas em concurso público.

Sustentam as impetrantes, em síntese, que foram aprovadas no concurso público para o provimento do cargo de enfermeiro do Hospital Heliópolis, sendo classificadas dentro do número de vagas previstas no edital, possuindo, assim, direito líquido e certo à nomeação. Alegam, em acréscimo, que foram convocadas diversas vezes para a escolha de vagas, mas nunca houve a respectiva nomeação, insistindo, ainda, que a pandemia de Covid-19 não justifica as contratações precárias levadas a efeito pela Administração Pública, o que caracteriza preterição arbitrária e imotivada dos candidatos aprovados em concurso público. Argumentam, outrossim, que os candidatos aprovados para o cadastro de reserva passam a fazer jus à nomeação com a abertura de novas vagas no decorrer do certame, aduzindo, ainda, que a autoridade impetrada admitiu que as impetrantes foram convocadas para manifestar interesse nas vagas, mas não foram nomeados porquanto extrapolado o prazo de validade do concurso. Buscam, por isso, a concessão do *writ*. Pleiteiam a outorga do benefício da justiça gratuita.

Concedida a gratuidade processual, o Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo prestou informações acenando, inicialmente, com a hipótese de decadência. No mérito, sustenta, em resumo, a inexistência de direito subjetivo à nomeação na medida em que as impetrantes foram aprovadas fora do número de vagas previstas no edital, insistindo, no mais, que a convocação das impetrantes para manifestarem interesse pelas vagas remanescentes não tem o condão de criar vínculo com a Administração, mesmo porque o prazo de validade do concurso expirou em 17.01.2021. Alega, por fim, que as contratações de enfermeiros por tempo determinado foram realizadas de acordo com a Lei Complementar nº 1.093/2009, não implicando arbitrária e imotivada preterição dos candidatos remanescentes do certame, isso sem considerar que o Decreto nº

Acesso ao Sumário

65.463/2021, que dispõe sobre medidas de redução de despesas com pessoal e encargos sociais no contexto da pandemia da COVID-19, suspendeu até 31 de dezembro de 2021 as nomeações para cargos efetivos e as admissões em empregos públicos permanentes. Insiste, daí, na extinção do *mandamus*, nos termos do artigo 487, inciso II, do CPC ou, alternativamente, na denegação da ordem.

A d. Procuradoria de Justiça, em seu parecer, opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 288/299).

É o relatório.

Com efeito, o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (art. 23 da Lei n.º 12.016/2009).

E em se tratando de mandado de segurança voltado contra a ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público, os efeitos da decadência, em regra, passam a operar a partir do término do prazo de validade do certame, por se cuidar de ato concreto, sendo este o termo inicial da contagem do lapso decadencial.

Conquanto não se desconheça que em 12/01/2021 foi promulgado o Decreto Estadual n.º 65.463/2021 que, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2021 (art. 3º), revogou o Decreto n.º 64.937/2020 e suspendeu até 31 de dezembro de 2021 os concursos públicos em andamento e as nomeações para cargos públicos e as admissões em empregos públicos no âmbito da administração direta de modo a reduzir despesas no contexto excepcional da pandemia de Covid-19, no caso, o prazo previsto no artigo 23 da Lei n.º 12.016/2009 não foi observado pelas impetrantes.

As impetrantes tinham até 120 (cento e vinte dias), contados a partir de 31 de dezembro de 2021, para impetrar o mandado de segurança, ou seja, até 30 de abril de 2022, o que, no entanto, não ocorreu, já que a petição inicial foi protocolada em 24 de junho de 2022.

Vale lembrar que a Lei Estadual nº 17.628, de 13 de julho de 2020, que suspendeu os prazos de validade de concursos públicos já homologados na data da publicação do Decreto nº 64.879, de 20 de março de 2020, enquanto perdurar o estado de calamidade pública não atinge o concurso público em questão porquanto aplicável apenas "aos concursos públicos realizados no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público, Tribunal de Contas, Defensoria Pública e das entidades da administração indireta do Estado". E, no caso, o Hospital é subordinado à Secretaria de Estado da Saúde, órgão público da administração direta de São Paulo.

Paralelamente, o C. Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, em 06/10/2021, firmou o entendimento de que o artigo 10 da Lei Complementar n.º 173/2020, que suspendeu a contagem dos

prazos de validade de certames já homologados, "se destina unicamente a concursos públicos federais" (SS n.º 5.507/RS), não incidindo, também, na espécie.

Logo, considerando que o *writ* foi protocolado fora do prazo de 120 (cento e vinte) dias contados do fim da suspensão (em 31/12/2021), afigura-se de rigor o reconhecimento da ocorrência de decadência.

Pelo exposto, por esses fundamentos, indefiro a petição inicial com fulcro nos artigos 10 e 23 da Lei 12.016/2009 e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, denegando a segurança (artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009). Honorários não são devidos. Isento de custas em face da gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2050441-82.2022.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é impetrante (...), é impetrado DESEMBARGADOR CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.901)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – DELEGATÁRIO DE REGISTRO CIVIL – IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA QUE, ACOLHENDO PARECER DE JUIZ ASSESSOR DA CORREGEDORIA-GERAL

Acesso ao Sumário

DA JUSTIÇA, NÃO CONHECEU DE RECURSO VOLUNTÁRIO MANEJADO PELO IMPETRANTE, A DESAFIAR R. DECISÃO PROFERIDA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE HOUVE POR BEM AFASTAR AS TESES DE PRESCRIÇÃO E DE NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL – SUPERVENIÊNCIA DE NOTÍCIA NO SENTIDO DE QUE PROFERIDA SENTENÇA NO BOJO DO FEITO DISCIPLINAR, CONTRA A QUAL SE INTERPÔS RECURSO PENDENTE DE ANÁLISE – INTERESSE PROCESSUAL ABALADO – ALÉM DE PREVALECER A TESE DE QUE NÃO CABE RECURSO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NO BOJO DO FEITO DISCIPLINAR, NOTADAMENTE PORQUE AS MATÉRIAS REFERIDAS NÃO ESTÃO SUJEITAS À PRECLUSÃO, O IMPETRANTE MANEJOU RECURSO CONTRA A DECISÃO FINAL NAQUELES AUTOS, ONDE, INCLUSIVE, REITEROU OS TEMAS DE FUNDO DA INSURGÊNCIA PRIMEVA – PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR CONSTATADA – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Ação de segurança contra ato do Desembargador Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que nos autos do procedimento administrativo envolvendo o impetrante (nº (...)), não conheceu do Recurso Voluntário por ele manejado (fls. 41/61), contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Corregedor Permanente do Extrajudicial da Comarca de (...) (fls. 991/994) que, no interessante, afastou as matérias suscitadas na defesa prévia atinentes à prescrição da pretensão punitiva e nulidade da Portaria inaugural.

Em breve síntese, sustenta o impetrante responder a processo administrativo disciplinar que pode ensejar a perda da delegação registral. Narra que o recurso voluntário interposto merecia conhecimento, à luz do artigo 246 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar Estadual nº 3, de 27 de agosto de 1969) e do artigo 28, inciso XXVI do RITJSP. Acrescenta que as matérias delineadas no recurso aviado são de ordem pública, passíveis de serem conhecidas pela Administração. Reitera a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva administrativa, na medida em que os fatos que ensejaram o PAD (havidos em 2009 e 2010, com ciência da Administração em junho/2011)

Acesso ao Sumário

não se relacionariam às funções registrais, estando sujeitos ao prazo extintivo quinquenal (art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/1990), notadamente porque as imputações lançadas não descrevem condutas propriamente criminais, mas cuidam de repercussões desses fatos para aferição da idoneidade, respeitabilidade e cumprimento das funções de registrador do impetrante, circunstâncias que afastariam a incidência dos prazos extintivos da Lei Penal. Insiste, também, no reconhecimento da nulidade da Portaria inicial, alvo de aditamento, por ausência de discriminação das infrações criminais com o descumprimento de qualquer dever funcional à luz da Lei nº 8.935/1994 (artigos 30, inciso V, e 31, incisos I, II e V), é dizer, não teria sido especificado em que ponto seria abalada a dignidade da função do impetrante, ou qual seria a conduta atentatória às instituições notariais e de registro. Reclamou a concessão de tutela de urgência, ***inaudita altera parte***, ***verbis***, *"para suspender a tramitação do processo disciplinar em tela, vedando-se a produção de quaisquer atos no processo que tramita perante a Corregedoria Permanente de (...) ((...) Vara), processo nº (...)"*.

A liminar foi indeferida a fls. 1.299/1.301, decisão objeto de agravo regimental em apenso (autos final nº /50000).

Nas informações acostadas a fls. 1.304/1.313, a autoridade impetrada aduziu: (a) correta a imputação da infração funcional consistente em deixar de proceder de forma a dignificar a função exercida, tanto nas atividades profissionais, como na vida privada (Lei nº 8.935/94, art. 30, V, c. c. art. 31, I, II e V), por ter sido dado por incurso, na esfera criminal, no art. 217-A, do Código Penal; (b) os fatos que são em tese caracterizadores das infrações disciplinares imputadas ao recorrente foram descritos de forma suficiente a permitir o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa; (c) segundo o Código Judiciário Estadual (Decreto-lei Complementar nº 03/69), das decisões dos Juízes Corregedores Permanentes caberá recurso voluntário, desde que definitivas ou com força de definitivas, ou seja, o mero acolhimento do parecer não ensejaria hipótese recursal; (d) a nulidade e a prescrição poderão ser arguidas quando do encerramento do feito administrativo.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça acostado fls. 1.318/1.324 opinando pela denegação da segurança.

A fls. 1.327/1.328 conferiu-se oportunidade ao impetrante para manifestação quanto à persistência do interesse processual, sobrevindo a manifestação de fls. 1.331 insistindo no julgamento do mérito, e reiteração do parecer ministerial a fls. 1.336.

É o Relatório do essencial.

Rogata maxima venia a entendimento diverso, tenho que na hipótese exauriu-se o interesse processual para enfrentamento do interessante.

Viável a ação de segurança para a defesa ou preservação de direito líquido

Acesso ao Sumário

e certo, não amparado por ***habeas corpus*** ou ***habeas data***, quando constatada a prática de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CR).

Consoante decisão proferida a fls. 1.327/1.328, oportunizou-se ao impetrante manifestação quanto à persistência do interesse processual, considerando fatos ali consignados, supervenientes à impetração:

> *"A presente ação de segurança foi interposta contra ato do Desembargador Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que nos autos do procedimento administrativo envolvendo o impetrante (nº (...)) não conheceu do Recurso Voluntário por ele manejado (reproduzido a fls. 41/61), contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Corregedor Permanente do Extrajudicial da Comarca de (...) (fls. 991/994) que, no interessante, afastou as matérias suscitadas na defesa prévia atinentes à prescrição da pretensão punitiva e nulidade da Portaria inaugural.*
>
> *Em que pese regular processamento do* ***mandamus****, sobrevindas informações (fls. 1.304/1.313) e parecer ofertado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 1.318/1.324), consulta ao andamento processual do feito que deu origem à impetração (autos nº (...)) revela ter sido proferida sentença de procedência, em abril/2022, e rejeição de sucessivos embargos declaratórios, com ulterior interposição de recurso voluntário pelo interessado, ora impetrante, este autuado sob o nº (...), pendente de processamento e análise. Consta, ainda, no bojo destes últimos autos, notícia de que o impetrante passou à inatividade em junho/2022 (fls. 39/41 dos autos nº (...)).*
>
> *Considerando a ocorrência de tais fatos, todos supervenientes à presente impetração, à luz do artigo 10 do CPC, manifeste-se o impetrante sobre eventual perda do interesse processual no enfrentamento do* ***mandamus****, abrindo-se ulterior vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça.*
>
> *Após, tornem conclusos."*

In casu**, o ato apontado como coator consiste na decisão proferida pelo impetrado no curso do PAD**, reproduzida a fls. 27 e 40, que aprovou o parecer reproduzido a fls. 29/39 para o fim de **não conhecer do recurso voluntário manejado pelo impetrante** (cópia a fls. 41/61) contra r. decisão proferida no bojo do procedimento administrativo nº (...), retratada a fls. 991/994, de lavra do MM. Juiz de Direito Corregedor Permanente do Extrajudicial da Comarca de (...) que, no interessante, afastou as matérias suscitadas na defesa prévia do impetrante, lá ofertada, atinentes à prescrição da pretensão punitiva e à nulidade da Portaria inaugural.

Acesso ao Sumário

Registra-se, em primeiro lugar, que o foco da impetração é restrito à análise do conhecimento do recurso voluntário reproduzido a fls. 41/61, sendo inviável abordar, nesta sede e neste momento, os temas meritórios da insurgência,

notadamente alegada prescrição da pretensão punitiva e a nulidade da Portaria inaugural do procedimento administrativo referido.

Em segundo lugar, fato é que a despeito da redação do artigo 246 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar Estadual nº 3, de 27 de agosto de 1969) e do artigo 28, inciso XXVI do RITJSP, invocados pelo impetrante, não se vislumbra a presença do alegado direito líquido e certo quanto ao manejo do recurso voluntário, especialmente porque ataca r. decisão de caráter interlocutório proferida no procedimento administrativo nº (...).

A esse propósito, restou bem explicitado nas informações o seguinte, ***verbis***:

> *"Na defesa prévia apresentada no curso daquele processo administrativo (autos nº (...), da (...) Vara (...) da Comarca de (...)), o impetrante sustentou que a prescrição da relativa pretensão deveria ser computada pelo prazo de cinco anos, contados da data em que se tomou conhecimento dos fatos (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 142, §§ 1º e 2º, ou Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 261, II), porque, segundo disse, as imputações não tinham relação com o seu ofício de registrador; outrossim, alegou que esse conhecimento ocorreu na data em que foi recebida a denúncia criminal, ou seja, em 17 de junho de 2011; desse modo, concluiu que o prazo prescricional já estaria decorrido por inteiro quando da instauração do processo administrativo, e, por conseguinte, pediu que fossem reconhecidas a extinção da punibilidade disciplinar e, ainda, a nulidade da portaria inaugural, pois, mesmo depois do aditamento, não estariam corretamente descritos os fatos imputados, e não lhe seria possível defesa adequada.*
>
> *O Juízo Corregedor Permanente indeferiu esse requerimento, e dessa decisão o ora impetrante interpôs recurso a esta Corregedoria Geral da Justiça. Dito recurso foi processado, como referido, nos* ***autos nº (...)****, mas não foi conhecido por decisão desta Corregedoria Geral da Justiça. (...)*
>
> *Fixada esta premissa, contrariando o afirmado pelo impetrante, não houve, na espécie, ilegalidade alguma ou abuso de poder.*
>
> *Em primeiro lugar, realmente não se podia haver conhecido do mérito do recurso administrativo processado nos autos nº (...).*
>
> É fato que o art. 246 do Decreto-Lei Complementar Estadual nº 3, de 27 de agosto de 19 (Código Judiciário), reza que 'de todos os atos e decisões dos Juízes Corregedores Permanentes, sobre matéria administrativa ou disciplinar, caberá recurso voluntário para o Corregedor Geral da Justiça, interposto no prazo de 15 (quinze) dias, por petição fundamentada, contendo as razões do pedido de reforma da *decisão.'*
>
> *A despeito dessa dicção aparentemente muito ampla, a jurisprudência administrativa desta Corregedoria Geral da Justiça vem reconhecendo, desde há muito, que a menção a 'todos os atos e decisões... sobre ma-*

Acesso ao Sumário

téria disciplinar' abrange as decisões definitivas ou com força de definitivas, mas não as interlocutórias, uma vez que nos processos administrativos não se opera preclusão das matérias decididas ao longo do procedimento; entender o contrário seria concluir que o mencionado art. 246 do Código Judiciário estaria a prever, numa única regra, de modo anômalo, não só um meio de impugnação contra o decisum final, mas também uma espécie de agravo de instrumento, atraindo, estranhamente, a disciplina do art. 1.015 do Cód. de Processo Civil, como pretendeu fazer o impetrante ao interpor o seu recurso diretamente a esta Corregedoria Geral da Justiça, como se viu nos ***autos nº (...)****. Dessa maneira, o impetrante poderá tornar a discutir a prescrição e a nulidade da portaria inicial se e quando puder interpor recurso contra a sentença do feito administrativo disciplinar, sem nenhum prejuízo – mas o recurso que interpôs, esse é incabível.*

É o que, de resto, está no substancioso precedente mencionado na própria decisão impugnada (cf. fls. 34/35), e ora se transcreve para maior clareza:

'Em igual sentido se verifica no parecer apresentado pelo Desembargador Vicente de Abreu Amadei, então Juiz Auxiliar da Corregedoria, no Protocolado CG 29.463/2006, que foi aprovado pelo Desembargador Gilberto Passos de Freitas, com o seguinte teor:

'2. Conforme reiterada posição da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça não cabe agravo de instrumento de decisão interlocutória prolatada em procedimento administrativo.

E assim é porque, em sede administrativa, não se opera preclusão para decisões interlocutórias, que podem ser revistas em grau de recurso interposto contra decisão final, cumprindo registrar que os diversos ramos do direito processual (legislativo, administrativo e judiciário, com seus sub-ramos processual civil, penal, trabalhista etc.) têm vida normativa própria e finalidades distintas, que afastam, como regra, a aplicação analógica despida de previsão legal.

Confira, neste sentido: a) Proc. CG 293/92 (in Decisões Administrativas da CGJ, 1992, verbete 61), com menção a vários precedentes (Decisões Administrativas da CGJ, 1983/84, verbetes 44 e 92; Procs. CG 161/89, 222/89 e 86/91); b) Proc. CG 99/92 (in Decisões Administrativas da CGJ, 1992, verbete 112), com menção a vários precedentes (Procs. CG 91/92, 296/91, 169/85 e 220/83).

O Colendo Conselho Superior da Magistratura também segue a mesma orientação: v.g., Apelação Cível nº 096905-0/8, da Comarca de Socorro, em que foi relator o Desembargador Luiz Tâmbara: 'O agravo não merece cognição porque, segundo precedentes da E. Corregedoria Geral (Proc. CG 8.437/93, Prot. CG 29.120/95 e Proc. CG 1.734/96), incabível nos procedimentos administrativos. É que tais procedimentos não são regidos pelo Código de Processo Civil, não há no Código Judiciário Esta-

dual previsão de ataque de tais decisões por agravo e não se harmoniza a finalidade de tal recurso, evitar a preclusão da questão decidida, com os princípios da revisão hierárquica e da autotutela vigentes na seara administrativa'. Inadmissível, pois, recurso de agravo instrumento na seara administrativa'."

É dizer, pois, prevalece o entendimento no sentido de que a norma do artigo 246 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar Estadual nº 3, de 27 de agosto de 1969) somente autoriza manejo de insurgência contra decisões definitivas – ou com força de definitivas –, pautado na ideia de que não se há falar em preclusão das matérias decididas ao longo do procedimento administrativo, sendo oportunizado ao impetrante explorar os temas em questão (prescrição da pretensão punitiva e nulidade da portaria inaugural) no recurso contra a sentença do feito disciplinar.

De toda sorte, parece-me que a questão se encontra integralmente superada. Isto porque, desvendou-se em consulta ao andamento processual do procedimento que deu azo à impetração (autos nº (...)) que foi proferida sentença de procedência em abril/2022, e rejeição de sucessivos embargos declaratórios, com ulterior interposição de recurso voluntário pelo interessado, aqui impetrante, este autuado sob o nº (...), insurgência que se encontra pendente de processamento e análise. Consta, ainda, no bojo destes últimos autos, notícia de que o impetrante passou à inatividade em junho/2022 (fls. 39/41 dos autos nº (...)), oportunidade em que sustentou, inclusive, que a pena imposta (perda da delegação) teria perdido seu objeto.

Tal contexto, a meu ver, abala significativamente o interesse processual no julgamento meritório do ***mandamus***, na medida em que há recurso pendente, manejado pelo próprio impetrante, contra a solução definitiva imposta no bojo do procedimento administrativo disciplinar.

Vale salientar, ainda, que, dentre outras matérias, o recurso que visa à reforma da r. sentença disciplinar (autuado sob o nº (...)) aborda inclusive os temas de arrimo da insurgência não conhecida pelo ato apontado como coator nesta lide. Em outras palavras e a rigor, as teses de prescrição da pretensão punitiva e nulidade da Portaria inaugural estão pendentes de reanálise no âmbito recursal na esfera correcional, circunstância que somente reforça a conclusão adotada pela autoridade impetrada.

E nem seria mesmo o caso, neste ***mandamus***, de pronunciamento jurisdicional sobre tais questões, sob pena de ensejar verdadeira supressão de instância em relação à seara administrativa.

Ante o exposto, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009 c.c. artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, **meu voto denega a segurança.**

Acesso ao Sumário

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2287316-67.2022.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são representados (...) (JUÍZA DE DIREITO) e (...) (PROMOTOR DE JUSTIÇA).

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 40.837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), 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, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Representante que narra suposto envolvimento de Juíza de Direito e Promotor de Justiça em condutas criminosas (maus tratos e ameaça) de Delegado de Polícia – Promoção de arquivamento pela D. Procuradoria Geral de Justiça – Ausência de elementos que autorizem a propositura de ação penal – Inarredável o acolhimento da manifestação ministerial – Inteligência do art. 1º, da Lei nº 8.658/1993, e art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90 – Precedentes do STJ e deste C. Órgão Especial. Arquivamento determinado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Representação Criminal efetuada por **(...)**, na qual apontou como suposto autor dos fatos criminosos, inicialmente, o Delegado de Polícia de (...), Dr. (...) e, em comunicação ulterior, ainda narrou a representante hipotéticas práticas de crimes pela MM Juíza de Direito **(...)** e pelo DD Promotor de Justiça **(...)**.

A D. Procuradoria Geral de Justiça, em manifestação do Ilustre Procurador de Justiça-Coordenador, Mario Antônio de Campos Tebet, atuando por delegação do Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, propôs p arquivamento dos autos, com a ressalva do art. 18, do Código de Processo Penal (fls. 02/09).

É o relatório.

De rigor o arquivamento da representação. Senão, vejamos.

O procedimento foi instaurado a partir de Ficha de Atendimento da Ouvidoria do Ministério Público, originada, a seu turno, de representação registrada no Sistema Integrado Nacional de Direitos Humanos – SINDH, da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, pela representante (...), a qual apontou, na oportunidade, o Delegado de Polícia Dr. (...) como "suspeito" (sic), no seguinte sentido:

> *"DENUNCIANTE RELATA QUE A VÍTIMA ESTÁ SENDO TORTURADA POR AGENTES PÚBLICOS QUE COMETEM PREVARICAÇÃO, CALÚNIA, INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. JÁ FORAM REALIZADAS OUTRAS DENÚNCIAS: (...), (...) E (...). NO ENTANTO, NA APURAÇÃO DAS DENÚNCIAS, FOI ACATADO LAUDOS FALSOS (NO PROCESSO (...)), SE RECUSARAM A ACEITAR O VERDADEIRO, INVENTARAM SITUAÇÕES, DISTORCERAM OS FATOS SE VOLTANDO CONTRA A VÍTIMA E ATÉ O MOMENTO NENHUMA PROVIDÊNCIA FOI TOMADA. ALEGA QUE A VÍTIMA GOSTARIA DE EXPLICAÇÕES DO PORQUÊ A VÍTIMA DAS DENÚNCIAS CITADAS FREQUENTA A CLÍNICA (...) PARA TRATAMENTO DE SUAS INCAPACIDADES. TENDO EM VISTA QUE ALEGARAM QUE ELA ERA SAUDÁVEL. SOLICITA PROVIDÊNCIAS PARA QUE O VERDADEIRO CRIMINOSO SEJA RESPONSABILIZADO. ACREDITA-SE QUE TAL SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA ESTEJA OCORRENDO POR QUESTÕES FINANCEIRAS" (doc. nº (...))*

Os autos, então, foram encaminhados à Promotoria de Justiça de (...) e, também, à Ouvidoria do Ministério Público, juntando-se a outros procedimentos de semelhante teor, envolvendo a mesma representação.

Durante o trâmite da representação, (...) imputou não só ao Delegado de Polícia, mas também à MM Juíza de Direito e ao DD. Promotor de Justiça su-

Acesso ao Sumário

posta conivência na omissão em apurar os maus tratos sofridos pela mãe idosa da representante. Daí a atração da competência deste C. Órgão Especial.

No entanto, conforme esclareceu o nobre Procurador de Justiça oficiante, *"*(...) *os elementos de convicção disponibilizados nestes autos, bem como a consulta aos autos digitais referidos, fornecem plenas convicções para que seja analisada a presente representação e, neste ponto, concluir pela inexistência de elementos suficientes para a instauração de procedimento investigatório criminal para apurar a conduta da MM. Juíza e do Promotor de Justiça. As representações apresentadas, a par de genéricas e absolutamente desprovidas de qualquer lastro, ainda que indiciário, claramente não passam de desagrado de soluções e decisões tomadas em processo e/ou procedimentos de interesse do denunciante"*. (fls. 04/05).

E, à luz das considerações exaradas pelo Promotor de Justiça, atuante na origem, arrematou o Procurador de Justiça que *"*(...) *dentro do contexto de conflito familiar, a representante imputa a prática de crime a quem não toma as medidas que pretende ou que sejam de seu interesse. Não há, todavia, qualquer elemento que justifique, sequer, o início de investigação criminal. Ainda que, somente para argumentar, no mérito se pudesse cogitar de desacerto das manifestações e decisões tomadas pelo Promotor de Justiça e pela Magistrada, eles giram respaldados e dentro dos limites de sua independência funcional"*. (fls. 08).

Nessa conjuntura, uma vez proposto o arquivamento do procedimento pelo Procurador Geral de Justiça ou, como aqui, por delegação ao Procurador-Coordenador, descabe a este Colegiado cotejar os elementos constantes dos autos e os valorar como eventual subsídio para a propositura de ação penal contra as autoridades representadas, conforme dispõe o art. 1º, da Lei nº 8.658/1993 e do art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90.

A respeito do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. NOTITIA CRIMINIS. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. INSUFICIÊNCIA. OPINIÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VINCULAÇÃO. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. DEFERIMENTO. RESSALVA. ART. 18 DO CPP. 1. O propósito da presente fase procedimental é averiguar se pode ser acolhido o pedido de arquivamento de notitia criminis, na qual descritos supostos indícios de crimes de constrangimento ilegal e ameaça atribuídos à Presidência do TJ/SP. 2. A opinião do MPF, titular privativo da ação penal pública, é de que não há, no momento, elementos de convicção concretos o suficiente para a instauração de procedimento investigativo criminal relativo a fatos atribuíveis a pessoas com prerrogativa de foro nesta Corte. 3. No que se refere à insuficiência de elementos de convicção, o pedido de arquivamento de inquérito, de peça de informação ou de qualquer expediente revelador de notitia criminis formulado pelo Procurador-Geral da

Acesso ao Sumário

República ou mesmo por Subprocurador-Geral da República, oficiando por delegação do Procurador-Geral da República, vincula esta Corte, não sendo aplicável o disposto no art. 28 do CPP. 4. Pedido de arquivamento deferido, com a ressalva do art. 18 do CPP". (Pet n. 13.422/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 2/9/2020, DJe de 10/9/2020.)

"Nas causas de competência originária dos Tribunais Superiores o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República ou por Subprocurador-Geral que atue por sua delegação é definitivo, não se aplicando a regra prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal". (AgRg na Pet n. 14.249/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.)

"A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, em se tratando de pedido de arquivamento de procedimento investigativo formulado por Subprocurador-Geral, atuando por delegação do Procurador-Geral da República, resta inaplicável o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal. Precedentes (Sd 699/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado, em 04/12/2019, DJe 09/12/2019; Sd 708/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 12/12/2018; Sd 704/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2018, DJe 09/11/2018; e Sd 676/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/09/2018, DJe 19/09/2018).

3. Arquivamento homologado, com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal." (Sd n. 775/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 19/8/2020, DJe de 26/8/2020.)

Da mesma forma, a reiterada jurisprudência deste C. Órgão Especial:

"Representação Criminal/Notícia de Crime. Promoção de arquivamento do feito pela Procuradoria Geral de Justiça. Inteligência do art. 1º, da Lei nº 8.658/1993, e artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90. Precedentes do E. STF e deste C. Órgão Especial. Promoção do arquivamento das peças de informação." (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 0023698-69.2022.8.26.0000; Rel. Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 30/11/2022; Data de Registro: 01/12/2022)

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – PROMOTOR DE JUSTIÇA – POSSÍVEL PRÁTICA, EM TESE, DE ABUSO DE AUTORIDADE (ARTIGO 33 DA LEI Nº 13.869/2019) – ARQUIVAMENTO PROPOSTO PELA D. PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A JUSTIFICAR INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL – IRRECUSABILIDADE PELO TRIBUNAL – PRECEDENTES – ARQUIVAMENTO DETERMINADO". (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2226708-

Acesso ao Sumário

06.2022.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 25/11/2022).

"Representação Criminal contra Membro do Ministério Público – Imputação da prática de supostos delitos de abuso de autoridade, prevaricação, uso de documento falso e crime contra a honra – Pedido de arquivamento formulado pela Procuradoria Geral de Justiça – Ausência de indícios da prática de crime de modo a justificar a propositura de Ação Penal – Irrecusabilidade pelo Tribunal de Justiça – Impossibilidade de aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal em procedimentos da competência originária dos Tribunais – Precedentes – Arquivamento Determinado." (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2250454-97.2022.8.26.0000; Relator: Vianna Cotrim; Data do Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 24/11/2022).

Enfim, inarredável o arquivamento dos autos.

Ante o exposto, pelo meu voto, determina-se o arquivamento da presente representação criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2300913-06.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representada (...) (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.989)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, 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, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Representação Criminal – Imputação de possível prática dos crimes previstos nos Artigos 30 e 31 da Lei de Abuso de Autoridade – Promoção de arquivamento apresentada pelo Procurador de Justiça em atuação por delegação do Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça – Acolhimento – Os fatos narrados na representação não configuram conduta típica que justifique o prosseguimento da persecução penal – Arquivamento que se impõe – Inteligência do Artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90 com a ressalva do Artigo 18 do Código de Processo Penal – Proposta de arquivamento acolhida.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de promoção de arquivamento apresentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em relação à representação criminal manejada por (...), imputando a possível prática dos crimes previstos nos Artigos 30 e 31 da Lei de Abuso de Autoridade à (...), Juíza de Direito da (...) da Comarca de (...).

O Procurador de Justiça subscritor do pedido, atuando por delegação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça requereu o arquivamento da representação criminal, com as ressalvas do Artigo 18 do Código de Processo Penal, diante da inexistência de *"instauração injustificada ou tramitação excessiva que possa subsumir-se aos tipos penais invocados"* que poderiam caracterizar o abuso de autoridade no caso concreto. Aduz, ainda, que o *"abuso de autoridade não depende apenas do inconformismo da parte, mas sim da configuração de todos os elementos previstos na Lei 13.964/2019, inclusive sob pena de intimidação de agentes públicos que contam com prerrogativas institucionais para o adequado desempenho de suas funções"*.

É o relatório.

A proposta de arquivamento apresentada por delegação do Procurador Geral de Justiça (Artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público e Portarias nº 4925 a 4927/2022- PGJ) assim considerou:

> *"Os crimes dos artigos 30 e 31 da Lei de Abuso de Autoridade estão assim tipificados na lei penal:*
>
> *Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:*
>
> *Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
>
> *Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:*

Acesso ao Sumário

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

(...)

Dos autos do procedimento administrativo que instrui a representação, verifica-se que a portaria (...) delimitou seu objeto considerando: 1) Consulta realizada por (...) em 28 de agosto de 2019 à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indagando sobre a possibilidade de comparecimento ao Fórum vestindo bermudas e sapatos abertos, como papetes ou sandálias; 2) Resposta da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proibindo a referida vestimenta com base no artigo 241 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, no Provimento 603/1998 e na Portaria 7607/2008 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; 3) "Tom supostamente agressivo e irônico utilizado pelo servidor Sr. (...) em e-mails"; 4) Comparecimento ao trabalho utilizando saia, com publicação de foto no Fórum de (...) acompanhada de menção expressa ao nome da Juíza (...) em tom de crítica e mediante suposta ridicularização do Presidente do Tribunal de Justiça, por meio de trocadilho em relação ao seu sobrenome. A portaria determinou a instauração de procedimento e a realização de consulta à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que informe a conveniência da utilização de saias pelo servidor e para que explicite os padrões mínimos e máximos de vestimentas adequados aos servidores públicos dos quadros do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O procedimento foi instruído com prova documental (e-mails, normas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicações em rede social e no Diário Oficial). Houve participação do servidor e resposta da Presidência do Tribunal de Justiça sobre a consulta formulada na portaria. Sobreveio decisão da Magistrada representada determinando o arquivamento dos autos no que se refere a utilização de saias para comparecimento no trabalho, sob o fundamento de que a normativa informada pelo E. Tribunal de Justiça não veda expressamente a sua utilização, mas determinando a instauração de sindicância em relação aos demais fatos descritos na portaria.

(...)

Da r. sentença proferida pela Magistrada representada extrai-se: (...) Pelo explanado, denota-se que a acusação não se relaciona a qualquer discriminação acerca de vestimentas ou transgeneridade, tanto o é que a conduta do servidor em trajar-se de saias não é objeto de apuração,

Acesso ao Sumário

tendo sido arquivada. Conforme já mencionado, a presente sindicância tem por objeto único e exclusivo o desrespeito aos superiores hierárquicos e o desapreço ao Tribunal de Justiça, como se fosse opressor, eis que na publicação realizada na rede social o sindicado expôs o nome da Juíza (...) em tom de críticas associadas à intolerância e incompreensão às minorias, quando a consulta realizada questionava a diferenciação de vestimentas que, no caso, prejudicaria apenas homens (assim identificados pelo sexo e pelo gênero), notadamente apontados como maioria opressora em discursos correlatos, que, com calor (mesmo havendo ar condicionado no cartório), não poderiam utilizar bermudas ou sapatos abertos no ambiente de trabalho, não tendo sido expressamente questionada as vestimentas de transgêneros ou mesmo homossexuais. Em escalada de condutas, o sindicado ainda ridicularizou o sobrenome do Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça à época por meio de trocadilho, tudo através de publicação em rede social com a fotografia do servidor nas dependências do Fórum de (...) (fl. 28/29) dentro do terreno pertencente ao prédio, após o controle de acesso –, em absoluta violação aos deveres de tratar com urbanidade as pessoas e de proceder na vida pública e privada de forma a dignificar a função pública, além de ter promovido a manifestação de desapreço dentro da repartição (nas dependências do fórum).

(...)

Da tramitação do procedimento administrativo – instaurado em caráter preliminar e posteriormente instaurada sindicância que culminou com a imposição de sanção administrativa ao servidor, não se verifica instauração injustificada ou tramitação excessiva que possa subsumir-se aos tipos penais invocados."

Como é cediço, esta Corte Bandeirante não pode recusar a proposta de arquivamento apresentada pelo Procurador de Justiça por delegação do Procurador-Geral de Justiça, nos termos da Lei n. 8.038/90, notadamente porque se o Ministério Público, que é o titular da ação penal assevera que os fatos narrados na representação não configuram conduta típica que justifique o prosseguimento da persecução penal, o pedido de arquivamento deve ser deferido.

Nesse sentido, os julgados deste Colendo Órgão Especial:

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – PROMOTOR DE JUSTIÇA – POSSÍVEL PRÁTICA, EM TESE, DE ABUSO DE AUTORIDADE (ARTIGO 33 DA LEI Nº 13.869/2019) – ARQUIVAMENTO PROPOSTO PELA D. PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A JUSTIFICAR INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL – IRRECUSABILIDADE PELO TRIBUNAL – PRECEDENTES – ARQUIVAMENTO DETERMINADO.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2226708-06.2022.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 25/11/2022);

Representação Criminal contra Promotor de Justiça e Juízes, todos do Tribunal de Justiça Militar, pela prática de diversos delitos. Ausência de elementos à persecução criminal. Proposta de arquivamento feita pelo D. Procurador-Geral de Justiça. Acolhimento. Arquivamento irrecusável, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei Federal nº 8.038/90.

(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2225305-02.2022.8.26.0000; Relator: Aroldo Viotti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 09/11/2022; Data de Registro: 10/11/2022);

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Procedimento instaurado para apurar supostos crimes de prevaricação, abuso de autoridade e preconceito de gênero, atribuídos a membro do Ministério Público – Proposta de arquivamento por parte da D. Procuradoria Geral de Justiça que não pode ser recusada – Entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial – REPRESENTAÇÃO ARQUIVADA (art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90), com as ressalvas do art. 18 do CPP.

(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2208997-85.2022.8.26.0000; Relator: Luís Fernando Nishi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 19/10/2022; Data de Registro: 24/10/2022);

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL/NOTÍCIA DE CRIME. Proposta de arquivamento dos autos pela Procuradoria Geral de Justiça. Acolhimento que é medida de rigor. Representação arquivada, nos termos do art. 3º, inc. I, da Lei nº 8.038/90, com as ressalvas do art. 18, do Código de Processo Penal.

(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2153550-15.2022.8.26.0000; Relator: Fábio Gouvêa; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/08/2022; Data de Registro: 25/08/2022)

Em face do exposto, pelo voto, Acolhe-se a proposta de arquivamento da presente representação criminal, com fundamento no Artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90, para Determinar o Arquivamento deste procedimento, observada a ressalva do Artigo 18, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/No-

tícia de Crime nº 2287314-97.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado (...) (DEPUTADO ESTADUAL).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.305)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, VICO MAÑAS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, 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 LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Depósitos realizados em instituição financeira – Suposta realização de operações suspeitas, segundo comunicação do COAF – Ausência de elementos para deflagração de investigação em face do I. Deputado Estadual – Arquivamento proposto pela Procuradoria Geral de Justiça – Acolhimento – ARQUIVAMENTO DETERMINADO, nos termos do art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90.

VOTO

Vistos.

Trata-se de representação apresentada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra o I. Deputado Estadual **(...)**.

Narra o representante que foram identificados diversos depósitos em espécie efetuados em terminais de autoatendimento; que as operações foram consideradas suspeitas, conforme comunicação do COAF.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça, em razão da ausência de elementos para deflagração de investigação em face da autoridade nominada, propôs o I. Procurador o respectivo arquivamento, ressalvada a hipó-

Acesso ao Sumário

tese do art. 18, do Código de Processo Penal (fls. 2/9).

É o relatório.

Representação apresentada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra o I. Deputado Estadual **(...)**.

Pois bem.

Conforme indicado pelo I. Procurador de Justiça (fls. 8/9):

"[...]

Em suma, os esclarecimentos prestados retiraram substância aos indícios de possível ilicitude revelada pela movimentação financeira apontada no RIF, o que, ao menos por ora, não autoriza a instauração de investigação criminal.

Diante das razões expostas, não despontando destes autos dados plausíveis capazes de levar ao reconhecimento da prática de infração penal por parte do Deputado Estadual (...), 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."*

É sabido que o pedido de arquivamento, por falta de fundamento para oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, vincula este Órgão, não sendo possível sua recusa.

Nesse sentido: *"À luz de copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso de inquérito para apuração de conduta típica em que a competência originária seja da Corte, o pedido de arquivamento pelo Procurador-Geral da República não pode ser recusado"* (Inq 2028-1/BA, Supremo Tribunal Federal, m. v., Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, 28/4/04, DJ de 16/12/05, p. 59).

Precedentes do Colendo Órgão Especial:

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Envio de cópias dos autos de ação cominatória para apuração de eventual desobediência à ordem judicial consistente no não fornecimento de medicamento – Requerimento de arquivamento, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, por não vislumbrar a conduta de descumprimento voluntário – Irrecusabilidade do pedido do titular da ação – Precedentes do E. STF e deste colegiado – Arquivamento da representação. (Representação Criminal nº 2240622-50.2016.8.26.0000 – ÓRGÃO ESPECIAL – TJ/SP, Rel. Des. Álvaro Passos, julgada em 1º de fevereiro de 2017, determinaram o arquivamento dos autos, votação unânime)

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Tratamento médico – Fornecimento de medicamento a paciente portadora de Esclerose Múltipla – Apuração de fatos sob o argumento de descumprimento de ordem judicial – Secretário da Saúde do Estado de São Paulo – Crime de desobediência não configurado – Proposta de arquivamento formu-

Acesso ao Sumário

lada pelo Procurador-Geral de Justiça diante da ausência de elementos de formação da 'opinio delicti' – Pedido de arquivamento que não pode ser recusado por este E. Tribunal de Justiça – Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do C. Órgão Especial. Pedido de arquivamento acolhido. (Representação Criminal nº 2188441-72.2016.8.26.0000, ÓRGÃO ESPECIAL – TJ/SP, Rel. Des. Ricardo Anafe, julgada em 5 de outubro de 2016, determinaram o arquivamento dos autos, votação unânime)

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Desobediência à ordem judicial por Secretário de Estado – Demora no fornecimento de medicamentos – Itens não disponíveis nos programas governamentais, o que reclamou abertura de processo licitatório e aguardo da apresentação, pela interessada, das prescrições médicas – Crime não caracterizado – Proposta da Procuradoria de Justiça pelo arquivamento que, ademais, nem pode ser recusada – Expediente arquivado. (Representação Criminal nº 2031807-48.2016.8.26.0000, ÓRGÃO ESPECIAL – TJ/SP, Rel. Des. Arantes Theodoro, julgada em 16 de março de 2016, determinaram o arquivamento dos autos, votação unânime)

Ante o exposto, determino o **ARQUIVAMENTO** da representação, nos termos do art. 3º, inciso I[1], da Lei nº 8.038/90, encaminhando-se cópia da decisão ao representado.

Acesso ao Sumário

1 *"**Art. 3º** – Compete ao relator:*
***I** – determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal;"*

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500038-17.2021.8.26.0449, da Comarca de (...), em que é apelante K.S.S.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram: Por maioria negaram provimento ao recurso. Vencida a Relatora sorteada que declara voto. Acórdão com o 3º Juiz." **(Voto nº 53.223)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), vencedor, SILVIA STERMAN, vencida, GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 9 de janeiro de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator designado

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Recurso da defesa – Abrandamento da medida socioeducativa – Descabimento – Medida de internação necessária, como forma de viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do adolescente – Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

K.S.S.S., inconformado com a r. sentença de fls. 137/142, que julgou procedente a representação contra ele formulada e aplicou-lhe a medida socioeducativa de internação, em virtude da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, apela (fls. 172/176),

buscando a reforma da r. sentença para que lhe seja aplicada medida mais branda.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 185/189) e determinada a subida dos autos para esta instância (fl. 191), em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 198/202).

É o relatório.

Respeitosamente, ouso divergir do voto proferido pela e. Relatora, Des.ª Silvia Sterman, que dá provimento ao recurso defensivo para substituir a internação aplicada ao adolescente por liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, cumulada com a prestação de serviços à comunidade, em prazo não excedente a seis meses, pois entendo ser o caso de negar provimento à apelação.

Narra a representação que, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), na cidade de (...), K.S.S.S. trazia consigo para fins de tráfico 48 *eppendorfs* contendo cocaína, 11 porções contendo maconha, além de 28 pedras de *crack*, tudo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 01/03).

Pretende a Defesa, em seu recurso de apelação, tão somente a substituição da internação por outra medida mais branda.

E, *in casu*, tenho para mim, respeitado o voto da e. Relatora sorteada, que a intervenção socioeducativa aplicada ao adolescente em primeiro grau (internação) se afigura justa e adequada, à vista da necessidade e excepcionalidade delineadas no caso concreto.

Como é cediço, apesar de o 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.

Por outro lado, o adolescente trazia consigo para fins de tráfico 48 *eppendorfs* contendo cocaína, 11 porções contendo maconha, além de 28 pedras de *crack*, substâncias nocivas e de nefastas consequências para as localidades em que estão inseridas, sobretudo as pequenas comarcas do interior, o que torna a conduta concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor.

A esta altura, convém abrir um parêntese para salientar ser da ciência deste Magistrado que a gravidade *genérica* do ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes é insuficiente, *de per si*, para atrair a automática imposição ao adolescente da medida socioeducativa de internação, *ex vi* do disposto no artigo 122, *caput*, inciso I, da Lei nº 8.069/90 e no enunciado da Súmula nº 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Sucede, entretanto, que, na situação ora posta em julgamento, há fundamentos de ordem concreta – a saber, as especificidades da hipótese vertente

Acesso ao Sumário

(sobretudo a quantidade, variedade e o elevado grau de nocividade dos tóxicos apreendidos – segundo já adrede referido) e predicados negativos do recorrente – a recomendar maior atenção no tocante ao processo de desenvolvimento interpessoal, ressocialização e reeducação do representado, tudo a demonstrar a insuficiência, dados os graves contornos fáticos da causa *sub judice*, da adoção de medida socioeducativa mais branda.

Ademais, importante consignar que o adolescente registra apontamentos anteriores pela Vara da Infância e Juventude (fls. 28/32), também pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, além de ameaça.

Não se pode perder de vista, ainda, que, ao praticar ato infracional gravíssimo, apresenta o recorrente desvio de conduta relevante, o que sugere que solução que não a extrema não será suficiente ao seu delicado quadro.

Assim, o caso em tela recomenda maior atenção no tocante ao processo de desenvolvimento interpessoal do recorrente, ressocialização e reeducação, tudo a demonstrar a insuficiência, dadas as especificidades da hipótese *sub judice*, da adoção de medida socioeducativa mais branda.

A propósito, anotou o d. Magistrado *a quo*, *verbis*:

"Conforme verifica-se a fls. 111/122 o adolescente não está em tratamento ambulatorial, muito embora tenha sido diagnosticado com o CIDF41 (outros transtornos ansiosos) desde 2019. Ao que consta dos autos, não há respaldo familiar, até porque ao que se verifica houve dificuldade de realizar a vacinação da COVID-19 em K., que não retornou para tomar a segunda dose da vacina, igualmente não houve por parte dos pais acompanhamento da condição de saúde de K., em relação ao CID mencionado.

Nesta ordem de ideias, o adolescente está inserido em contexto que não lhe permite evoluir cognitivo e materialmente, sem incentivos para modificação de suas condutas.

Nesta toada, o mero comparecimento em datas previamente agendadas para discussão de seu caso, com orientações sobre a necessidade de profissionalização e escolarização não se mostra suficiente (caso lhe fosse deferida liberdade assistida).

De se considerar ainda a quantidade enorme e natureza da droga apreendida.

Assim sendo, em que pese não ter sido praticado com violência ou grave ameaça a pessoa, o ato infracional revela concreta gravidade, pois indicativo do comprometimento do jovem com a prática de condutas violadoras da ordem jurídica e social. É o caso de aplicação de internação, pois o tráfico de entorpecentes dá causa a grande parte dos crimes praticados com violência contra a pessoa e é responsável pelo desencaminhamento de parte expressiva de nossos jovens, o que manifesta seu poder de corrosão da ordem pública.

Acesso ao Sumário

Assim, a aplicação de qualquer outra medida que não a internação se mostrará ineficaz.

Observa-se que, 'na internação, o menor experimentará a orientação e a pedagogia de pessoas especializadas, de maneira a viabilizar sua ressocialização, simplesmente incogitável se continuar a viver à vontade, como antes fazia, expondo-se aos riscos de temíveis influências e à oportunidade delitual' (TJSP – Apelação Cível n. 17.436-0).

Será, ainda, uma oportunidade de se ver livre das drogas e das más companhias pelo período necessário ao seu restabelecimento.

Diante do exposto, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão socioeducativa e o faço para impor ao adolescente K.S.S.S. medida socioeducativa de INTERNAÇÃO, pelo prazo mínimo de 06 meses, em razão da prática do ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06." (fls. 141/142).

Em suma, a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, além de necessária, desponta como a mais adequada, ao menos neste instante, para se alcançar os desideratos de ressocialização e reeducação do infrator preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, não havendo, por isto mesmo, cogitar-se da ocorrência de afronta à disciplina contida nos artigos 121 e 122, ambos da Lei nº 8.069/90.

Diante do exposto, pelo meu voto, *nego provimento* ao apelo.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 5.056)

Respeitado o entendimento da douta maioria, dele ouso divergir, porquanto pelo meu voto, DAVA provimento ao recurso.

Ao relatório da r. sentença, acrescenta-se ter sido a representação apresentada contra K.S.S.S. julgada procedente para impor a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional equiparado ao delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 137/142).

Irresignado, apelou o adolescente, representado por I. Patrono.

Em resumo, requereu a substituição da medida de internação por outra a ser cumprida em meio aberto. Sustentou que o adolescente é primário e que o ato de tráfico não é revestido de violência ou grave ameaça ao indivíduo (fls. 172/176).

O DD. Promotor de Justiça apresentou contrarrazões pela manutenção da r. sentença, pelos seus próprios fundamentos (fls. 198/202).

A DD. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 198/202).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso, o qual comporta provimento.

O adolescente fora representado pela prática de ato infracional análogo ao delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Segundo a representação, em (...), por volta das (...), na Rua (...) na cidade de (...), K.S.S.S. trazia consigo para fins de tráfico 48 pinos *eppendorf* contendo cocaína, 11 porções contendo maconha, além de 28 pedras de crack, tudo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 01/03).

Observa-se que a materialidade e a autoria foram devidamente comprovadas, conforme boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão e laudo químico-toxicológico, depoimentos prestados perante as autoridades policiais e judiciais (fls. 04/06, 09/10, 15/17 e 109) e de tudo que dos autos consta, não tendo sido estas matérias questionadas em apelação.

Passa-se, assim, à avaliação da medida socioeducativa imposta.

Constata-se que a medida de internação é inaplicável no caso em concreto, vez que o adolescente não ostenta registro anterior em seu desfavor (fls. 28/29 e 30/31), além do fato de que o ilícito de tráfico não envolve violência ou grave ameaça ao indivíduo. Logo, não há subsunção às hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se olvida a gravidade dos problemas sociais advindos da traficância. Entretanto, é fato que a não aplicação da medida de internação nos casos equivalentes ao dos autos constituiu-se escolha do legislador.

Dessa forma, não sendo possível a extensão das consequências do conceito de violência à pessoa ao conceito de violência contra a sociedade, esta última, inerente à traficância de entorpecentes, não ocorre a subsunção necessária ao art. 122 do ECA.

Portanto, de rigor o provimento ao recurso da defesa. Determina-se a medida de liberdade assistida – para que o adolescente seja acompanhado e orientado – cumulada com a prestação de serviços à comunidade, a fim de que o adolescente possa desenvolver habilidades no âmbito da licitude.

Diante do exposto, pelo meu voto **DAVA PROVIMENTO** ao recurso, para determinar aplicação de medida de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, cumulada com a prestação de serviços à comunidade, por período não excedente a seis meses, com fulcro nos artigos 117 e 118 do ECA, nos termos acima alinhavados.

SILVIA STERMAN, Relatora sorteada vencida

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1503431-39.2022.8.26.0602, da Comarca de (...), em que é apelante P. DE J. DA V. DA I. E J. DE (...), é apelado M Y.P.C.I. (MENOR).

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 pelo Ministério Público. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.601)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. Determinação de perdimento de bens e valores apreendidos em favor do FUNAD. Recurso do Ministério Público requerendo a destinação dos valores apreendidos ao FUMCAD. Previsão específica na Lei nº 11.343/06 quanto à destinação dos valores e bens apreendidos em relação aos crimes tipificados na Lei de Drogas. Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 121/126, cujo relatório se adota, julgou procedente a representação formulada contra o adolescente **M.Y.P.C.I.**, e aplicou a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 33, *caput* , da Lei nº 11.343/06. Além disso, declarou o perdimento de todos os bens e valores apreendidos em poder do adolescente para o Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, com fundamento no artigo 63, I, da Lei de Drogas.

Inconformado, apela o Ministério Público, pugnando pela determinação do perdimento dos valores apreendidos em favor do Fundo de Direitos da Criança e do Adolescente de Sorocaba – FUMCAD. Aduz que a interpretação sistemática do ECA deve observar a diretiva de municipalização do atendimento à

Acesso ao Sumário

Infância e Juventude (artigo 88, inciso I, do ECA), o que somente será possível com a destinação dos valores apreendidos em decorrência dos atos infracionais aos Fundos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente – FUMCAD. Invoca o princípio da prioridade absoluta inserto no artigo 227 da CF/88 e sustenta, outrossim, que os valores apreendidos em procedimentos afetos à competência jurisdicional das Varas da Infância e da Juventude sejam revertidos aos seus respectivos fundos (fls. 131/136).

Respondido o recurso (fls. 143/146) e mantida a r. sentença (fl. 147), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 159/160, opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

Segundo se apurou: a) nos autos nº (...), no dia (...), por volta das (...), na Rua (...),(...),(...), na cidade e comarca de (...), M.Y.P.C.I. trazia consigo, para fins de tráfico, 51 porções de cocaína, pesando 52,3g (cinquenta e dois gramas e três decigramas), e 49 porções de *crack*, pesando 30g (trinta gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além da quantia de R$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais); e b) nos autos nº (...), no dia (...), por volta das (...), na Rua (...),(...),(...), na cidade e comarca de (...), M.Y.P.C.I., trazia consigo, para fins de tráfico, 57 microtubos de cocaína, pesando 77,8g, 65 pedras de *crack*, pesando 33,1g, e 15 porções de maconha, pesando 37,6g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além da quantia de R$ 30 (trinta reais).

A defesa não recorreu da condenação, de modo que os fatos, em si, notadamente a materialidade e a autoria dos atos infracionais supra descritos, são incontroversos.

Alega o Ministério Público, em seu recurso, que a r. decisão não reproduziu a melhor conclusão no que toca à escolha do fundo beneficiário do montante apreendido nos autos.

Sustenta que o artigo 88, inciso IV, do ECA, estabelece que a manutenção dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui uma das diretrizes da política de atendimento voltada à infância e juventude. Já o inciso I, do mesmo dispositivo legal, prevê, em caráter precípuo, a municipalização do atendimento, razão pela qual os valores apreendidos no âmbito do Juízo da Infância e da Juventude devem ser destinados aos fundos municipais de direitos da criança e do adolescente e não ao fundo nacional antidrogas, conforme determinado pela r. sentença.

Afirma que o perdimento de bens e valores em favor da União para então serem revertidos ao FUNAD – Fundo Nacional Antidrogas, previsto no artigo 63, I e § 1º, da Lei de Drogas, se aplica às sentenças criminais e não aos atos infracionais, necessitando de uma interpretação sistemática e em busca do bem

Acesso ao Sumário

comum do público infantojuvenil, nos termos dos arts. 4º e 6º do ECA, bem como atenta aos princípios e normas específicas que nele constam, decorrentes do art. 227 da Constituição Federal.

Aduz que deve prevalecer a interpretação sistemática do ECA, *"mantendo-se a diretiva de municipalização do atendimento à Infância e da Juventude (inciso I do art. 88 do ECA), o que somente será possível com a destinação de tais valores aos Fundos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (FUMCAD) de cada cidade onde teve origem a tramitação processual, e não ao Fundo Antidrogas, o qual não atende às diretrizes de criação, implementação e manutenção de programas municipais específicos voltados à Infância e Juventude, que tem como uma das linhas de ação, atender adolescentes em situação de risco em decorrência do uso abusivo de drogas ou por envolvimento com atos infracionais (arts. 87, II e 88, II, IV do ECA)."*.

Pois bem.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar dos procedimentos, dispõe, em seu artigo 152, que: *"Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente"*.

Já o artigo 154 do mesmo diploma legal estabelece que *"[a]plica-se às **multas** o disposto no art. 214"*, e este último dispositivo, por sua vez, prevê que *"[o]s valores das **multas** reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município"*.

Anote-se, por outro lado, que o art. 91 do Código Penal estabelece, entre os efeitos da condenação, a perda, em favor da União, dos **instrumentos do crime**, desde que constituam ilícito o fabrico, alienação, uso ou detenção destes, bem como do **produto do crime ou** de qualquer **bem ou valor que constitua proveito auferido** pelo agente com a prática do fato criminoso.

De partida, respeitado entendimento em sentido contrário, é de se observar que objetos, instrumentos ou proveito auferido com a prática do crime (ou ato infracional), a princípio, não deveriam ser confundidos com as **multas** aplicadas nos procedimentos afetos ao Juízo da Infância e da Juventude.

Assim, não há dúvidas de que as penas de multa aplicadas em razão do cometimento dos crimes e infrações administrativas tipificados nos artigos 228 e seguintes do ECA, assim como as multas aplicadas em razão do descumprimento de ordens judiciais no âmbito da justiça da infância e da juventude devem ser revertidas ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, como dispõem, expressamente, os artigos 154 e 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, aliás, há precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLES-

Acesso ao Sumário

CENTE. DESTINAÇÃO DAS MULTAS. FUNDO MUNICIPAL DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA (FIA). VIOLAÇÃO AOS ARTS. 154 E 214 DA LEI N.º 8.069/90 RECONHECIDA.

1. Segundo o entendimento desta Egrégia Quinta Turma, as multas e penalidades previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sejam elas oriundas de infração administrativa ou de sanções penais, devem ser revertidas ao Fundo Municipal da Infância e Juventude (FIA), em obediência ao que estabelece o art. 214 da Lei n.º 8.069/90.

Precedente.

2. Recurso especial conhecido e provido". (REsp n. 614.985/ES, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23/6/2004, DJ de 23/8/2004, p. 270.)

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 154 E 214 DO ECA. MULTA ADMINISTRATIVA DESTINADA À MANUTENÇÃO DO FORUM LOCAL E NÃO AO FUNDO GERIDO PELO CONSELHO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Nos termos do art. 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as multas de natureza administrativa, impostas nas Varas da Infância e da Juventude devem ser revertidas aos Fundos Municipais da Infância e da Juventude. (Precedente).

Recurso provido." (REsp n. 562.391/ES, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3/8/2004, DJ de 30/8/2004, p. 323.).

Em relação aos produtos ou aos instrumentos dos atos infracionais em procedimentos afetos exclusivamente à competência jurisdicional das Varas da Infância e da Juventude, forçoso reconhecer a existência de lacuna normativa.

Assim, entendo que, de fato, não deveria ser aplicado o disposto no artigo 133, parágrafo único, do Código de Processo Penal[1], que prevê que os valores decorrentes das vendas dos bens cujo perdimento tenha sido decretado em processos criminais devem ser recolhidos ao **Fundo Penitenciário Nacional**, salvo se houver previsão diversa em lei especial.

Com efeito, diante da ausência de previsão específica seja de reversão de tais bens e valores ao Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente (Lei Federal de n.º 8.242/91, art. 6º[2]) ou ao Fundo Estadual da Criança e do Adoles-

Acesso ao Sumário

1 "Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial".

2 Art. 6º Fica instituído o Fundo Nacional para a criança e o adolescente.

cente (Lei Estadual nº 8.074/92, art. 6º[3]), e diante da necessária observância à prioridade absoluta que deve ser dada à criança e ao adolescente (artigo 227, "caput", da Constituição Federal), cabível se mostra a reversão de tais valores aos Fundos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (FUMCAD), em atenção e observância ao disposto no artigo 4º, parágrafo único, "d", do ECA, que impõe a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Todavia, o caso em exame versa sobre ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes (artigo 33, da Lei nº 11.343/06).

E o artigo 63, § 1º, da Lei nº 11.343/06, estabelece, expressamente, que os bens, direitos ou valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei ou objeto de medidas assecuratórias, após decretado seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad – Fundo Nacional Antidrogas.

Não se pode desprezar, ademais, que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 243, parágrafo único que: *"**Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins** e da exploração de trabalho escravo **será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei**"* (destacou-se).

Portanto, inafastável a conclusão de que não há que se cogitar em conflito aparente entre normas, uma vez que há previsão constitucional determinando a reversão de **todo e qualquer bem de valor econômico a um fundo especial com destinação específica**, o qual, por expressa previsão legal (artigo 63, § 1º, da Lei nº 11.343/06), é justamente o FUNAD, cuja finalidade principal é a de financiar ações, projetos e programas relacionados à política sobre drogas.

Por esses motivos, a r. sentença, ao decretar o perdimento de todos os bens e valores apreendidos em favor do adolescente para o Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, deve prevalecer íntegra.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo interposto pelo Ministério Público.

Parágrafo único. O fundo de que trata este artigo tem como receita: a) contribuições ao Fundo Nacional referidas no art. 260 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; b) recursos destinados ao Fundo Nacional, consignados no orçamento da União; c) contribuições dos governos e organismos estrangeiros e internacionais; d) o resultado de aplicações do governo e organismo estrangeiros e internacionais; e) o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente; f) outros recursos que lhe forem destinados".

3 "Art. 6º. Constituem receitas do Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente: I – dotação consignada anualmente no orçamento do Estado e créditos suplementares que lhe forem destinados; II – repasse de recursos financeiros de órgãos federais; III – doações de entidades nacionais ou internacionais, governamentais ou não governamentais; IV – doações particulares; V – legados; VI – contribuições voluntárias; e VII – resultado de suas aplicações financeiras".

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008284-98.2022.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes M.I. e M.M.I., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE S.A.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, deram provimento ao recurso para conceder a adoção da menor T.B.B. ao apelante M.I., assim como a adoção *post mortem* à M.M.I. Adere integralmente o Relator Sorteado ao voto do 3º Juiz, que fica como Relator Designado. Sustentou oralmente o advogado Dr. Marcelo Infante. Fez uso da palavra o representante do Ministério Público, Procurador Dr. João Antonio Bastos Garreta Prats.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.596)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencido e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator Designado

Ementa: Câmara Especial – Recurso de Apelação – Ação de Adoção julgada improcedente ante a omissão de informações sobre o estado de saúde da requerente M.M.I., que veio a falecer durante o estágio de convivência com a menor – Informações constantes dos autos que comprovam que o casal ofereceu todos os cuidados para que a menor tenha um desenvolvimento saudável – Princípio do superior interesse da criança que deve ser prestigiado – Adoção *post mortem* – Inteligência do artigo 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Recurso provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por M.I. e M.M.I. contra a r. sentença de fls. 109/118 que julgou improcedente o pedido de adoção por eles formulado referente a criança T.B.B., nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Pro-

cesso Civil, revogando, consequentemente, a guarda provisória anteriormente concedida a eles.

Os apelantes sustentam, em suma, terem ajuizado a presente ação de adoção c.c pedido de guarda provisória referente à criança T.B.B., após serem devidamente habilitados no Cadastro de Pretendentes à adoção local (processo nº (...)).

Relatam que a menor foi desacolhida e entregue aos seus cuidados, com a concessão da guarda provisória pelo período de 180 (cento e oitenta) dias e determinação para realização de avaliação complementar quanto ao estágio de convivência, no entanto, a requerente M.M.I. veio a óbito em 10.09.2022, tendo o requerente M.I. pleiteado ao juízo *a quo* o prosseguimento do feito, ante a adaptação positiva da menor no ambiente familiar e a existência de relação de afetividade e afinidade construída entre ela, o adotante e sua família durante o estágio de convivência. Além disso, requereu a adoção *post mortem* em relação à requerente M.M.I., nos termos do artigo 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destacam que a sentença de improcedência proferida deve ser reformada pois os apelantes realizaram os cursos preparatórios de pretendentes à adoção, assim como foram avaliados pelo serviço social e de psicologia, não havendo, assim, óbice ao direito de adotar. Ressaltam, também, que o ambiente familiar propiciado pelos apelantes é adequado ao desenvolvimento saudável da criança, tanto que as técnicas confirmaram que a menor teve suas necessidades básicas de alimentação e cuidados pessoais atendidos pelos apelantes, o que torna a determinação de seu acolhimento institucional um ato desumano.

Enfatizam, ainda, que a faixa etária do requente M.I. não pode ser considerada um impeditivo para adotar a menor e ressaltam a prevalência do princípio do melhor interesse da criança, principalmente nos casos em que há vínculos de afinidade com os adotantes.

O apelante M.I. afirma ser pessoa de boa índole, possuir trabalho e endereço fixos e argumenta que a omissão sobre a doença da requerente M.M.I. foi erroneamente interpretada pelos técnicos e pelo juízo *a quo*, tendo a menor suportado as consequências desse erro ao ser brutalmente retirada do ambiente de sua atual família e levada para a instituição de acolhimento.

Por fim, enfatiza que a menor não se encontra em situação de risco e destaca a excepcionalidade do acolhimento institucional.

Pugna, por essas razões, pelo provimento do recurso para que a ação seja julgada procedente (fls. 149/164).

O recurso foi respondido (fls. 170/172), a r. sentença foi ratificada pelo MM. Juiz *a quo* (fls. 181/182) e, nesta Corte, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do apelo (fls. 214/218).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Consta dos autos, que os requerentes M.I. e M.M.I., após serem devidamente habilitados no Cadastro de Pretendentes à Adoção (Feito nº (...)), deram início à aproximação da criança T.B.B., nascida em (...), tendo o juízo *a quo* deferido o desacolhimento da menor em favor do casal, com concessão da guarda provisória pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Ocorre que, durante o trâmite processual, a requerente M.M.I. faleceu e, após comunicação do fato ao juízo, adveio aos autos relatório técnico desfavorável à continuidade da adoção em favor do requerente M.I., o que ensejou a improcedência da presente ação de adoção, sob o fundamento de que a omissão do casal sobre a doença preexistente da requerente M.M.I. induziu em erro os técnicos que consideraram o casal apto a iniciar o estágio de convivência com a criança, além disso os requerentes teriam sobreposto seus próprios interesses em relação aos da menor.

Transcreve-se, a respeito, o essencial da r. sentença, *verbis*:

"(...)

No caso em pauta, considerando ser inviável a oitiva da criança, em virtude de sua tenra idade, cabe ao magistrado aferir tal situação, com base nos dados existentes e compatíveis com a realidade que se apresenta.

É evidente que o estágio de convivência consiste no período de avaliação do novo núcleo familiar, incumbindo à equipe técnica do Juízo aquilatar as condições estruturais dos adotantes, não bastando que a escolha parta daqueles, *sob pena de preterir-se a criança ou adolescente a quem se deve proteger.*

A aplicação do 'princípio do superior interesse da criança' deve nortear a decisão do magistrado, não se olvidando que muito embora não fique adstrito à conclusão técnica, o laudo ofertado, no período do estágio de convivência, tem peso relevante.

E mais, como outro requisito subjetivo para adoção, também constante do artigo assinalado, menciona-se a existência de motivos legítimos para a adoção.

Assim, a criança ou adolescente idealizado não pode servir para 'preencher lacunas' decorrentes de infertilidade, perda pessoal ou profissional, sentimentos de solidão, pena, caridade ou derivados da crença religiosa.

Por sua vez, o adotando não pode ser colocado na posição de 'herói-salvador', mas, sim, ser visto como alguém que traz consigo uma história que remonta ao momento de sua concepção e que deverá ser considerada por todos os envolvidos no processo de adoção.

Conforme noticiado pelo requerente as pp. 41/42, a Sra. M. faleceu em 10 de setembro de 2022, pretendendo-se quanto a ela, a adoção póstuma.

Não desconhece o Juízo a viabilidade da adoção post mortem, tampouco ser cabível a adoção por apenas um pretendente.

O falecimento da requerente no curso da ação não impediria o prosseguimento do feito, tampouco, o deferimento do pleiteado, por si só, mas o que se verificou, nestes autos, foi a omissão de informações imprescindíveis para a devida avaliação dos autores.

Não entrará esta magistrada na discussão sobre a ocorrência ou não de intenção de mentir deliberadamente, ou se houve a sonegação de informação de suma relevância quanto a saúde da requerente, por receio de que não lhes fosse deferida a guarda provisória de uma criança.

Certo é que o autor, enquanto advogado, tem conhecimento jurídico que falta na maioria dos outros pretendentes e não pode escusar-se quanto a certos aspectos legais.

Descabido lançar-se qualquer dúvida quanto ao trabalho executado pela equipe técnica, imputando-lhe a culpa quanto a não ter questionado sobre a doença que acometia a requerente, em nítida inversão de responsabilidade.

Preceitua o parágrafo 4º, do artigo 46, do Estatuto da Criança e do Adolescente que o estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude.

Ora, caberia sim aos requerentes noticiar a situação vivenciada por ambos, de modo que as avaliações realizadas levassem em consideração tal circunstância, verificando-se, inclusive, a aptidão do autor para exercer a paternidade, caso o nefasto acontecimento viesse a concretizar-se em curto espaço de tempo, o que, infelizmente, ocorreu.

Os próprios técnicos asseveraram que foram induzidos em erro pelos requerentes, quando os consideraram aptos para o início do estágio de convivência, o que denota que a conclusão técnica lançada, naquela oportunidade, mostra-se eivada de vício decorrente da postura dos autores.

Importante frisar que, somente, por ocasião do atendimento presencial, realizado em 17 de agosto p.p. e, após inquirição dos técnicos, que perceberam um volume aumentado na região do pescoço da requerente, houve a revelação quanto a sra. M. fazer tratamento oncológico há alguns anos (p. 61), conforme segue:

(...)

Acesso ao Sumário

Foi relatado pelos técnicos que os pretendentes não se sentiam à vontade para falar sobre o assunto: 'Notou-se o incômodo com a revelação e a tentativa de dizer que estava tudo bem, que reagia bem ao tratamento, onde ambos procuraram responder de forma pontual, pouco espontânea, apenas ao que era perguntado' (p. 61).

No atendimento ao requerente, em data posterior ao falecimento de sua esposa, segundo os técnicos, foi asseverado pelo sr. M. que, em 2014, a requerente iniciou tratamento decorrente de um 'carcinoma de coróide', sendo que estavam cientes da malignidade e que foi submetida a cirurgia para retirada do olho e colocação de prótese. Em decorrência de acompanhamento médico, nos anos de 2018/2019, foi diagnosticada metástase, iniciando-se o tratamento de imunoterapia, seguido de radioterapia e quimioterapia.

O autor, por sua vez, as pp. 97/100, aduz que, embora submetida a enucleação do olho esquerdo, em maio de 2015, os exames realizados a cada seis meses não indicavam a metástase, de modo que entenderam não haver necessidade de informar ao Setor Técnico.

Questionou, ainda, o autor se a requerente tivesse falecido por Covid-19, a conclusão técnica seria, também, a de sugerir a retirada da criança de seu novo lar.

Ressalta, mais uma vez, esta magistrada, que não entrará na seara de eventual ausência de postura ética dos autores, mas, considerará que houve a patente sonegação de informações relevantes, conforme salientado algures, não se olvidando que não foram apresentadas ao Setor Técnico, sequer quando das avaliações do casal nos autos de Cadastro de Pretendentes a Adoção nº (...) e efetivadas nos anos de 2015, 2016 e 2019.

(...)

Não se trata de duvidar que a criança tenha sido bem recebida pela família ou que tenha dispensado os cuidados básicos que se faziam necessários para o seu desenvolvimento, mas de constatar se foi observado o disposto no parágrafo 3º, do artigo 39, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, se houve prevalência dos interesses da adotanda, quando comparados aos anseios dos adotantes.

Se a lei estabelece que, no caso de conflito entre direitos e interesses do adotando com outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos da criança ou do adolescente, como desdobramento da aplicação do 'princípio do melhor interesse', forçoso concluir pelo indeferimento do pedido formulado pelos autores.

(...)

Acesso ao Sumário

Ora, não se trata de punir o autor pelo falecimento da requerente, de discriminar a sra. M. pelo estado de saúde que causou sua morte, tampouco realizar conjecturas quanto a uma possível conclusão do setor técnico diversa, caso o óbito fosse decorrente de outra doença, mas de verificar, segundo critérios técnicos e legais, qual decisão, verdadeiramente, protegerá a criança, sendo claro que face a sua tenra idade (sete meses), não haverá danos psicológicos para T., caso seja afastada do autor; pois com ele convive faz cerca de cinco meses e não foi o casal que lhe dispensou os cuidados de forma exclusiva.

A existência de apego de crianças com os adultos que a cercam, conforme estudos da área da psicologia, fica mais clara e patente por volta dos dezoito até vinte e quatro meses.

Constatável que algumas das situações explanadas pelo autor não eram próprias de um estágio de convivência, pois, o deferimento da guarda provisória não lhes conferia um direito subjetivo à adoção, ou seja, havia a expectativa de sua concretização, tão somente.

Entendimento diverso levaria ao esvaziamento da importância do acompanhamento pelo Judiciário do estágio previsto em lei, mormente, em hipóteses como a analisada.

(...)

Constata-se, pois, que a conclusão técnica desfavorável ao deferimento da adoção aos autores, com interrupção de estágio de convivência é a medida que mais se coaduna com a disposição legal assinalada alhures.. (...)" (fls. 109/118).

Respeitando-se o entendimento contrário, contudo, tenho que o recurso merece prosperar para conceder a adoção da menor T.B.B., nascida em (...) ao apelante M.I., assim como a adoção *post mortem* à requerente M.M.I.

Explico.

Como é cediço, às crianças e adolescentes, aplicam-se os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, previstos no artigo 227 da Constituição Federal e, dentre outros dispositivos legais, no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

"A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade".

Dentro desse contexto, em que pese os requerentes tenham omitido deliberadamente a importante informação sobre o estado de saúde da requerente

Acesso ao Sumário

M.M.I., que veio à óbito durante o trâmite processual, como se verifica do estudo social de fls. 58/65, entendo que o caso deve ser analisado levando-se em consideração o melhor interesse da infante, como pessoa em desenvolvimento com prioridade nos cuidados pelo Estado e pela família, analisando-se os cuidados dispendidos à menor durante o estágio de convivência, assim como quais os benefícios que a adoção – ou sua negativa – lhe trará.

Nesse sentido, compulsando os autos não há informações de que os requerentes deixaram de prestar os devidos cuidados à menor ou a deixaram exposta a situações de risco.

Ao contrário, extrai-se do relatório psicossocial realizado pela equipe técnica do juízo que, ao ser acolhida no núcleo familiar dos requerentes, a menor passou a ter toda a assistência material e afetiva necessária ao seu desenvolvimento, inclusive através da família extensa que auxiliou o casal nos momentos em que a requerente M.M.I. estava hospitalizada.

Cumpre mencionar, também, que as demandas de saúde mencionadas no estudo psicossocial como prejudiciais ao processo de criação de vínculo entre a criança e a família dos adotantes, agora, infelizmente, não mais subsistem, de modo que será possível uma relação mais próxima entre adotante e adotada a fim de estabelecer o vínculo necessário entre pais e filhos.

Importante ressaltar, ainda, que a faixa etária do apelante já foi objeto de discussão pela equipe técnica do juízo nos autos do processo nº (...), em que o casal pleiteou sua habilitação no Cadastro de Pretendentes à Adoção, tendo a equipe técnica concluído que eles possuíam condições físicas, psicológicas e econômicas de exercer a contento o papel parental, mormente porque, atualmente, como é cediço, o avanço da medicina e a maior preocupação com a saúde da população vêm permitindo uma melhor qualidade de vida mesmo para as pessoas com idade mais avançada.

Tanto isso é verdade que são muito mais comuns, atualmente, gestações nas quais os pais já contam com mais idade, sem que isso prejudique de qualquer forma a relação com os filhos.

Acesso ao Sumário

Não foi por outro motivo que, mesmo com a idade dos adotantes, permitiu-se o início do estágio de convivência com a menor T.B.B., que possuía poucos meses de vida à época dos fatos.

Ademais, não há como afirmar que o casal agiu com má-fé ao omitir informações sobre a situação de saúde da requerente M.M.I., no intuito de enganar os técnicos do juízo, já que existe notícia de que a situação de saúde da adotante fosse terminal ou com diagnóstico de morte iminente.

Não se deve deixar de considerar, ainda, que o avanço da medicina vem permitindo à humanidade controlar melhor as doenças, curando-as em alguns casos ou mesmo proporcionando aos doentes uma sobrevida maior e com mais

qualidade, de sorte que é perfeitamente possível que os adotantes tivessem a firme convicção de que ela iria superar a doença, até porque, como se vê do próprio relatório social, o tumor foi descoberto no ano de 2014, a metástase em 2018/2019 e a adotante conviveu com esse quadro durante todo esse período.

De fato, T. suportou nova perda com o adoecimento e falecimento da adotante. Ocorre que impedir que se prossiga com o presente processo de adoção por conta da indevida omissão dessa informação poderá ser ainda mais prejudicial para o futuro da criança, a quem só restará retornar para o acolhimento sem a certeza de ser inserida em uma nova família.

Assim, ainda que haja conclusão diversa nos estudos técnicos apresentados, entendo que a menor T.B.B. teve seus direitos resguardados pelo casal durante o estágio de convivência, o que torna perfeitamente possível sua adoção.

No tocante à possibilidade de adoção *post mortem*, ressalto que a redação do art. 42, § 6º, da Lei 8.069/90 traz para dentro do sistema de adoção, a possibilidade de essa ocorrer, mesmo com o óbito do adotante, se tiver ocorrido uma inequívoca manifestação do seu desejo de adotar.

E é exatamente este o caso dos autos, em que a requerente M.M.I, juntamente com seu esposo M.I., ora apelante, requereu judicialmente a habilitação do casal no Cadastro de Pretendentes à Adoção e iniciou o estágio de convivência com a menor T.B.B., em inequívoca vontade de adotá-la.

Em suma, muito embora a conduta dos adotantes de omitir deliberadamente a informação da doença não tenha sido correta e mereça censura, a adoção não deve ser impedida primordialmente por esse fundamento, como uma punição por tal proceder, uma vez que no caso em apreço o estudo social constatou que a menor foi bem cuidada no período da convivência e há interesse de toda a família em prosseguir com a adoção, razão pela qual, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança, tenho que a reforma da sentença é medida de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso para conceder a adoção da menor T.B.B. ao apelante M.I., assim como a adoção *post mortem* à M.M.I.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006689-30.2022.8.26.0048, da Comarca de (...), em que são apelantes R.G.L. e C.P.L., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DO F. R. DE P.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Acesso ao Sumário

proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso nos termos que constam do V. Acórdão. V.U. Sustentou oralmente o advogado Dr. Raoni Meschita Fernandes. Fez uso da palavra o representante do Ministério Público, Procurador Dr. João Antonio Bastos Garreta Prats.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.471)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "APELAÇÃO – Prática de infração administrativa – Artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Insurgência dos genitores, ora apelantes, contra a r. sentença que, decretando a procedência da representação, condenou-os na obrigação consistente em matricular seus filhos em escola regular, pública ou privada, para o ano letivo de 2023 – Dever dos genitores de zelar pela educação dos filhos e matriculá-los na rede regular de ensino – Impossibilidade da modalidade de ensino domiciliar (*homeschooling*), por ausência de legislação que a regulamente – Questão pacificada pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 888.815, paradigma do Tema de Repercussão Geral nº 882 – Precedentes desta C. Câmara Especial – Provimento do apelo apenas para reduzir a sanção pecuniária ao importe de 10 (dez) salários de referência, solidariamente – Sanção que deve ser adequada e proporcional – Eventual hipossuficiência financeira que não impede a aplicação da sanção prevista em lei – Possibilidade de discussão do valor e da forma de pagamento da multa no Juízo da Execução – Recurso parcialmente provido nos termos do V. Acórdão."

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso apelação interposto por R.G.L. e C.P.L. contra a r. sentença (422/428) que, julgando procedente a representação oferecida pelo

representante do Ministério Público, determinou que ambos cumpram, ainda neste ano de 2022 e independentemente do trânsito em julgado, a obrigação de matricular seus filhos L.P.L., nascida em (...), I.P.L., nascida em (...) e G.P.L., nascido em (...), em escola regular, pública ou privada, para o ano letivo de 2023, comprovando judicialmente, até o dia 10 do mês de dezembro de 2022, o cumprimento da obrigação, garantindo a frequência escolar deles, sob pena de aplicação da multa de 20 salários mínimos, por terem infringido o artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sem condenação em custas por se tratar de procedimento da Infância e Juventude.

Alegam que é admissível o ensino domiciliar no Brasil, de maneira que as famílias que priorizam essa modalidade não podem ser consideradas infratoras dos deveres relacionados ao poder familiar, pelo contrário, elas apenas entendem que possuem o direito de educar os seus filhos por meio da modalidade da educação em comento.

Argumentam que a educação é obrigação solidária entre o Estado e a família, e que a garantia constante do artigo 205, da Constituição Federal, não se limita ao ensino escolar público, podendo abranger o ensino domiciliar. Assinalam que os princípios do artigo 206, da Constituição Federal, são alcançados por esse formato de ensino, e que a regulamentação do *homeschooling* consta de forma implícita na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Segundo consta das razões apelo, ainda, não é crível que o julgamento do Recurso Extraordinário 888.815/RS seja interpretado de forma a *proibir a educação* na modalidade domiciliar às famílias que queiram praticá-la junto aos seus filhos, uma vez que seria um contrassenso uma interpretação que restringisse a modalidade domiciliar de ensino até a promulgação de uma lei que a regulamente pelo fato de não se tratar de um subjetivo fundamental.

Aduzem, portanto, serem adeptos da educação domiciliar "homeschooling", tendo firme convicção de que o ensino em casa, e não na escola, seja, na hipótese, medida contemplativa do melhor interesse dos filhos. Afirmam que a educação domiciliar não é proibida por lei no Brasil, de modo que, se não é expressamente vedada, então é permitida. Entendem que as teses trazidas no bojo da presente apelação não estão prejudicadas pelo Tema 822 fixado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de alegações inéditas e que podem de forma inequívoca serem objeto de análise por este Colegiado.

Aduzem, ainda, que a adolescente e as crianças não estão em abandono intelectual, de forma que a sentença deve ser reformada no mérito para julgar totalmente improcedentes os pedidos manejados pelo Ministério Público tendo em vista a comprovação de que os apelantes não infringiram qualquer dever inerente ao seu Poder Familiar, sendo plenamente possível a prática da educação domiciliar.

Acesso ao Sumário

De forma subsidiária, requerem seja determinado que continuem a prática da modalidade da educação domiciliar mediante avaliações periódicas por meio da Secretaria de Educação Local, acompanhamento do Conselho Tutelar e outras condições que entendam pertinentes para o aferir o desenvolvimento dos menores, porém, caso mantida a decisão, impugnam o valor fixado a título de multa, pois os critérios usados para a estipulação do montante máximo não possuem qualquer respaldo jurídico ou fático, motivo pelo qual deveria ser estabelecido em 3 (três) salários mínimos.

Foram apresentadas as contrarrazões (fl. 489) e, nesta instância, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer pelo improvimento do recurso (fls. 503/508).

É o relatório.

Consta da representação que o Ministério Público foi notificado em 14 de abril de 2022 pela Escola Municipal (...), dando conta que esgotaram todos os recursos para que a adolescente L.P.L. e a criança I.P.L. retornassem à escola, tendo os representados R.G.L. e C.P.L., mantido a decisão da prática de "homeschooling". Consta ainda que, mesmo após orientação da Promotora de Justiça da Comarca de (...) e advertência pelo Conselho Tutelar, a adolescente e a criança I. continuaram em situação de evasão escolar, enquanto os genitores manifestaram que pretendiam prosseguir com o ensino domiciliar dos filhos, em evidente caracterização de abandono intelectual.

Em razão da evasão escolar dos filhos, que se encontravam em idade de frequência ao ensino obrigatório (G.P.L. a partir do próximo ano letivo), os representados teriam descumprido, dolosamente, dever inerente ao poder familiar ensejando, consequentemente, a representação ministerial, como incursos no art. 249, *caput*, primeira parte, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência, determinando que os requeridos cumpram, ainda no ano de 2022 e independentemente do trânsito em julgado da presente decisão, a obrigação de matricular seus três filhos, em escola regular, pública ou privada, para o ano letivo de 2023, comprovando judicialmente, até o dia 10 do mês de dezembro de 2022, o cumprimento da obrigação, garantindo a frequência escolar deles, sob pena de aplicação da multa de 20 salários-mínimos.

Depreende-se, da análise dos autos, que os recorrentes são acompanhados pelo Conselho Tutelar e já foram orientados a respeito do dever de zelar pela educação dos filhos e matriculá-los na rede regular de ensino, ante a impossibilidade de adotar a modalidade de ensino domiciliar "homeschooling", por ausência de legislação que a regulamente, o que, aliás, está de acordo com a tese fixada pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 888.815/RS (Tema nº 822), em regime de repercussão geral.

Acesso ao Sumário

Assim, não há como ignorar a recalcitrância dos apelantes em aderir às orientações da rede de proteção e adotar as medidas que estavam ao seu alcance para cumprimento do dever de educação dos filhos.

Bem observou também a douta sentenciante (fls. 425/426), *"o julgamento do STF sobre o tema deixou absolutamente claro que é necessária legislação específica sobre a questão, legislação esta inexistente no Brasil até o presente"*. Noutro ponto, "foi fixada a seguinte tese (TEMA 822 – STF): *'não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira'*. Mais claro que isto, impossível".

E, o referido julgado, de fato, apenas esclareceu a questão, firmando entendimento no sentido de que: *"O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Federal, na modalidade 'utilitarista' ou por 'conveniência circunstancial', desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público, bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (art. 227, da CF)"* (cópia às fls. 20/21 dos presentes autos).

A fim de evitar tautologia, é caso de transcrição de trecho extraído do parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, subscrito pela Promotora de Justiça Designada Dra. Laila Shukair, em objetiva e coesa manifestação (fl. 185), que ora adoto como razão de decidir:

"No caso analisado, os apelantes, apesar de devidamente cientes da irregularidade do ensino domiciliar que vinham mantendo, optaram deliberadamente (e irregularmente) por manterem os filhos nessa condição. Nota-se que, em 20 de julho corrente ano, o genitor compareceu à sede do Conselho Tutelar, na companhia de advogado, e declarou que 'prosseguirá com a modalidade de Ensino domiciliar.' (fls. 11/12). O quadro delineado demonstra que, mesmo sabedores da vedação de manutenção dos filhos nesse sistema de ensino, os genitores decidiram por continuar assumindo o risco da responsabilização, que certamente adviria.

Frisa-se que a alegação dos recorrentes acerca da inexistência de abandono intelectual não minimiza a gravidade dos fatos, tampouco a necessidade reprimenda, já que, por enquanto, não é viável a utilização do 'homeschooling' no Brasil. Ainda que se argumente que adotam currículo da Educação Clássica Cristã, que são acompanhados com zelo pelos pais, que uma vez por semana há acompanhamento por tutor, e que fazem aulas de piano, inglês, educação

Acesso ao Sumário

física, dentre outros argumentos, é indiscutível que os irmãos não se submeteram a currículo 'com base nacional comum' (art. 26, da Lei 9394/96), tendo a alfabetização e escolarização de todos ficado à margem da fiscalização e acompanhamento pelo Estado, o que é vedado. Ademais, as crianças e adolescente acabam cerceados da convivência comunitária com seus pares (art. 4º, do ECA), para que compartilhassem não apenas dúvidas quanto ao conteúdo ministrado, mas questões afetas à faixa etária, brincadeiras, etc. Outrossim, I., L. e G. são privados de serem expostos a situações desgostosas/conflituosas que surgiriam com essa convivência, embaraços esses que garantem a maturidade e tolerância necessárias para se viver em sociedade.

Conclui-se que questões religiosas ou quaisquer outros argumentos são incapazes de afastar a obrigação constitucional dos pais para com a educação dos filhos, a ser efetivada da forma definida no país. Em uma ponderação de interesses entre o direito de crença (art. 5º, VI, da CF) e o acesso à educação (art. 6º, da CF), fica evidente que o primeiro não pode ser exercido de forma absoluta, implicando em prejuízos aos filhos e por meio de violação a regras legais e constitucionais que disciplinam o tema." (fls. 505/506).

Em igual sentido, dispõe a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) que "É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos *4 (quatro) anos de idade' (art. 6º)."*

Nesse sentido já manifestou esta Câmara Especial:

"Apelação. Representação. Infração administrativa. Ação julgada procedente para condenar os réus ao pagamento de multa de dez salários de referência. Artigo 249 do ECA. Demanda que versa sobre matéria unicamente de direito. Prescindibilidade da dilação probatória. Cerceamento de defesa não configurado. Genitores que tiraram os filhos da rede formal de ensino para ministrar-lhes educação domiciliar. Descumprimento do dever inerente ao poder familiar previsto no artigo 1.634, I, do CC. Direito à educação contemplado no artigo 205 da CF e no artigo 55 do ECA. Dever de educar que implica na cooperação entre Estado e família. Tema 882 do STF. Ausência de regulamentação do 'homeschooling' no ordenamento jurídico pátrio. Precedentes desta Câmara Especial. Procedência da ação acertada. Multa fixada que se mostra proporcional à grave violação dos atributos do poder familiar perpetrada pelos genitores. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível nº 1006196-61.2019.8.26.0047, Relatora Daniela Cilento Morsello, j. em 7.7.2020)".

"APELAÇÃO. JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. Prática da infração administrativa prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determi-

Acesso ao Sumário

nação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Insurgência contra a multa aplicada. Dever dos genitores de zelar pela educação dos filhos e matriculá-los na rede regular de ensino, ante a impossibilidade da modalidade de ensino domiciliar (homeschooling), por ausência de legislação que a regulamente. Sanção pecuniária no importe de 05 (cinco) salários de referência, para cada um dos genitores. Manutenção. Sanção adequada e proporcional. Hipossuficiência financeira que não impede a aplicação da sanção prevista em lei. Possibilidade de discussão do valor e da forma de pagamento da multa no juízo da execução. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação Cível nº 1001134-07.2021.8.26.0197, Relator Dimas Rubens Fonseca, Pres. da Seção de Direito Privado, j. em 29.11.2021).

Assim, se os recorrentes se mantêm inertes por escolha própria, é evidente que suas condutas podem comprometer o bom desenvolvimento cognitivo e intelectual dos infantes.

A r. sentença, no entanto, merece reparo no tocante ao pagamento da pena pecuniária fixada no patamar máximo de 20 salários-mínimos no caso de descumprimento da determinação judicial.

Em atenção aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, bem como levando em conta o intuito dos pais na educação dos filhos, malgrado sem base legal, mostra-se razoável e adequada *a redução da sanção a título de pena pecuniária, para o importe de 10 (dez) salários de referência e de forma solidária*. As condições financeiras e parcelamento poderão ser eventualmente consideradas pelo Juízo da execução.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso** nos termos que constam do V. Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1097350-93.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.W.K. (MENOR), é apelado DIRETOR DA (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário, nos termos da fundamentação supra. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.033)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUI-

Acesso ao Sumário

LHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO – Pretensão à progressão para o Maternal, garantindo-se a progressão para os períodos subsequentes – Sentença que denegou a segurança – O inciso V do art. 208 da CF e inc. V, do art. 54 da Lei n. 8.069/90, garantem a educação infantil, assegurado o acesso aos níveis mais elevados de ensino, de acordo com a capacidade de cada criança – Restrição derivada de critério etário estabelecido pela Deliberação CEE 166/2019 – Entendimento consolidado pelo Col. STF, no julgamento da ADPF 292 e ADC 17, declarando a constitucionalidade de dispositivos legais e de normas do CNE que estabelecem limitação etária ao ingresso no ensino infantil e fundamental – Criança que ingressou no sistema educacional em 2021, não fazendo jus à regra de transição prevista pela Deliberação CEE 166/2019 – Ausente, no mais, parecer da equipe pedagógica da instituição de ensino em que matriculada que ateste amadurecimento cognitivo e comportamental extraordinário, em consonância com entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal – Excepcionalidade não comprovada – Apelação e reexame necessário não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança com o objetivo de assegurar à criança **L.W.K.** (nascida em (...)), representada por seus genitores, a efetiva matrícula no "Maternal" (destinado às crianças que completarão 3 anos até 31/03/2023), no ano letivo de 2023, no Colégio (...) ou outro de preferência de sua família, garantindo-se a progressão para os períodos subsequentes.

A ordem foi denegada e extinto o mandado de segurança, nos termos do art. 10, da Lei 12.016/09 e art. 485, III e IV do Código de Processo Civil (fls. 71/74).

Interposto recurso de apelação pela autora (fls. 83/101), ocasião em que sustentou, em síntese, que foi impedida de se matricular para cursar o "Maternal" em 2023, no Colégio (...), unicamente em razão da regra do corte etário. Todavia, afirma possuir desenvolvimento suficiente para ingressar na referida série, porquanto apresenta desenvolvimento global de uma criança de 5 anos e 9 meses, conforme avaliação psicopedagógica realizada. Defende, nessa linha, que a autora estará sujeita a repetir o "Minimaternal", que já cursou em 2022, apenas para atender ao critério etário e que a retenção é proibida na educação infantil l (art. 31, I, LDB). Salienta, ainda, que a diferença entre a data de corte e a data de nascimento é irrisória (apenas 2 dias). Alega, por fim, que a jurisprudência do E. TJ/SP firmou o entendimento de que a situação individual deve prevalecer ao corte etário (CF, art. 208, V), bem como que a própria decisão do STF (ADPF 292) acerca do tema salvaguarda casos excepcionais. Requer o provimento do presente recurso, para o fim de determinar a matrícula da apelante e sua progressão para o ano letivo de 2023, no período denominado "Maternal", destinado às crianças que completarão 3 anos até 31/03/2023, no Colégio (...) ou outro de preferência de sua família, garantindo-se a progressão para os períodos subsequentes.

Foi indeferido o pedido de tutela recursal formulado nos autos do Pedido de Tutela Cautelar Antecedente n. (...) e novamente reiterado às fls. 136/138 e 146.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 151/158).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Conheço da remessa necessária, nos termos do § 1º, do art. 14, da Lei n. 12.016/2009.

Depreende-se dos autos que a criança **L.W.K.** (nascida em (...)) ingressou na rede escolar em 2021, cursou o "Minimaternal A" em 2022 e visa à progressão para a série subsequente destinada às crianças que tenham completado 3 anos até 31/03/2023 ("Maternal"), sob o fundamento de que apresenta desenvolvimento avançado de suas habilidades e competências escolares. Aponta que a restrição que a impede de cursar a etapa seguinte no ano de 2023 decorre unicamente do critério etário, e assim representa violação à Lei nº 9.394/1996.

O apelo e o reexame necessário não comportam provimento.

De fato, o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de aprendizado individual de cada aluno constitui direito público subjetivo e

Acesso ao Sumário

merece absoluta prioridade em razão do disposto nos artigos 6º, 205, 208, inc. V e 227 da CF; artigos 53, caput, inc. I, 54, inciso V e 208, inc. III do ECA e artigo 4º, inc. V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

O art. 208, inciso I, da CF dispõe que o dever do Estado com a educação será garantido com educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, e o inciso V estabelece o dever do Estado de garantir o livre acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um, o que autoriza a conclusão de que a progressão para uma etapa escolar mais avançada se justifica se restar demonstrada a plena aptidão e os benefícios à criança.

Verifica-se, contudo, no presente caso, que a documentação que lastreia a pretensão da apelante não se revela robusta o suficiente para afastar as diretrizes etárias estipuladas na Resolução CNE/CEB nº 2, de 9 de outubro de 2018 e na Deliberação CEE nº 166/2019 do Conselho Estadual de Educação.

Inicialmente, ressalta-se que optou a impetrante ajuizar mandado de segurança, rito que depende de prova pré-constituída, hábil a demonstrar direito líquido e certo, que estaria sendo violado por ato de autoridade.

Importante pontuar que a impetrante ainda não completou três anos, e frequenta, em razão da pouca idade, etapa de ensino não obrigatória.

No segundo semestre de 2018, julgados do Supremo Tribunal Federal proferidos em sede da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 17) e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 292) confirmaram a constitucionalidade das resoluções do Conselho Nacional de Educação referentes à idade de ingresso na educação infantil, pré-escola e ensino fundamental.

Assim é que, a partir de janeiro de 2019, a data-corte adotada em todo o Estado de São Paulo, em escolas públicas estaduais, municipais e particulares, passou a ser **31.03**, esvaziada assim a questão constantemente submetida a julgamento pelo Poder Judiciário, diante do reconhecimento da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em decisão que teve caráter de repercussão geral.

Sobre o tema, foram ainda estabelecidas regras de transição[1], de forma a não afetar a continuidade do percurso educacional de crianças que já estivessem frequentando a educação infantil quando da publicação do novo critério etário,

Acesso ao Sumário

1 Art. 4º, da Deliberação CEE Nº 166/2019 – *"As crianças que até a data da publicação desta Deliberação, já estejam matriculadas e frequentando a Pré-Escola ou o Ensino Fundamental devem ter a sua progressão assegurada, sem interrupção, mesmo que sua data de nascimento seja posterior ao dia 31 de março, considerando seus direitos de continuidade e prosseguimento nos estudos".*
Parecer do CEE n. 137/2019, aprovado em 08/05/2019 *"as crianças de 0 a 3 anos matriculadas na Educação Infantil/Creche até 05/02/2019, data da publicação da homologação da Del. CEE 166/2019, terão garantida a continuidade dos estudos e deverão ser admitidas na 'Primeira Etapa da Pré-Escola', em consonância com os termos estabelecidos no artigo 4º da Deliberação citada acima".*

ou seja, **que já estivessem matriculadas na data da publicação da referida Deliberação nº 166/2019, exceção que não alcança a presente hipótese**, haja vista que a autora nasceu em 2020 e **ingressou no sistema educacional em 2021**, em etapa não obrigatória por lei ("Minimaternal").

Ainda, em conformação ao mencionado direito público subjetivo da criança de acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um (art. 208, I, da CF), restou estabelecido na ADPF n. 292 que o critério etário, excepcionalmente, pode ser afastado quando a criança apresenta amadurecimento cognitivo e comportamental *"**a critério exclusivo da equipe pedagógica diretamente responsável pelo aluno**, o que se mostra consentâneo com a 'valorização dos profissionais da educação escolar' (art. 208, V, da CRFB e art. 206, V, da CRFB) **e o apreço à pluralidade de níveis cognitivo-comportamentais em sala de aula**."* (g.n).

Assim, sobre a questão da excepcionalidade do afastamento do critério etário, o Exmo. Ministro Relator Luiz Fux bem elucida a questão:

"O ingresso precoce no Ensino Fundamental, dizem os especialistas, poderia trazer prejuízos para o aluno. A presidente da Associação Brasileira de Psicopedagogia, Luciana Barros de Almeida, aponta que 'a criança deve vivenciar cada etapa de acordo com a faixa etária e com atividades direcionadas para aquele período específico.' A insistência dos pais em matricular seus filhos antes da data do corte etário, com o objetivo de fazer com que a criança não perca o ano escolar ou por considerá-la apta para avançar para a próxima etapa, pode trazer prejuízo à aprendizagem (Todos pela educação. Aprendendo em cada etapa, 31 de julho de 2015)".

*"No caso do critério etário, é o que ocorre quando a criança, antes de completar quatro ou seis anos, já possui o amadurecimento cognitivo e comportamental extraordinário. A depender da excepcionalidade desse amadurecimento, é possível que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, tutelado pelo inciso V do artigo 208 da CRFB, seja concretize a partir de uma avaliação individual da equipe pedagógica diretamente responsável pelo aluno. **A hipótese é excepcionalíssima frise-se e sob nenhuma condição pode se traduzir em direito subjetivo do aluno, a suplantar a avaliação do profissional mais gabaritado. Isso porque, com igual status constitucional figura a 'valorização dos profissionais da educação escolar', prevista no artigo 206, inciso V, da CRFB. Some-se, ainda, que a pluralidade de níveis cognitivo-comportamentais em sala de aula contribui para ampliar a visão de mundo e desenvolver oportunidades de convivência a todas as crianças. O estímulo à diversidade, à tolerância e à solidariedade é o que motiva, dentre outras razões, a chamada Educação Inclusiva, que abraça crianças com necessidades educacionais especiais** (CARVALHO, Rosita. Diversidade como paradigma de ação pedagógica na Educação. In Re-*

vista da Educação Especial. MEC/SEESP. Out. 2005)" (g.n).

Nesse panorama, conforme exposto na r. sentença, a documentação expedida pela equipe pedagógica que acompanha a autora no Colégio (...) não atesta que a aluna estaria apta a progredir para a série pretendida ("Maternal") e, por consequência, garantir a progressão para os períodos subsequentes.

Ao contrário, o único relatório emanado da instituição de ensino em que matriculada a impetrante se refere ao 1º semestre de 2021 (fls. 29/32), e se limita a narrar o período de adaptação escolar da criança, quando ela estava ingressando no sistema de ensino e possuía apenas um ano de idade.

Não consta dos autos, assim, qualquer manifestação da equipe pedagógica responsável pela impetrante a respeito da plena aptidão cognitiva e comportamental da criança para matrícula na série pretendida, tampouco recomendação de progressão, sob pena de lhe serem causados prejuízos pedagógicos.

Reitera-se, ainda, que o referido relatório escolar apresentado refere-se ao 1º semestre de 2021 e nada esclarece sobre as condições e aptidões atuais da criança, ou seja, relativas à última série cursada em 2022 ("Minimaternal A").

Verifica-se, na verdade, é que apesar da coordenação pedagógica do colégio frequentado pela impetrante indicar a existência de relatório escolar alusivo ao 1º semestre de 2022 (cf. consta de mensagem copiada à fl. 59), referido documento não foi juntado aos autos, de modo que sequer é possível aferir o contexto pedagógico atual da aluna.

Ademais, mesmo devidamente intimada a Diretoria da Associação Escolar (...) da sentença proferida, do prazo para apresentação de contrarrazões e para eventuais providências cabíveis (fls. 111/112), não houve qualquer pronunciamento nos autos, tampouco manifestação pela progressão pretendida.

Assim, em que pese o relatório de avaliação multidimensional do desenvolvimento acostado (fls. 54/58), firmado por neuropsicopedagoga, não restou demonstrado que a impetrante esteja apta à progressão para a série subsequente, ou que a progressão seja a providência mais benéfica à criança, porquanto não contemplada pela mencionada regra de transição estabelecida pela CEE nº 166/2019, já que não havia nascido à época.

Acesso ao Sumário

Ademais, no tocante a alegação acerca da irrisória diferença entre a data de corte e a data de nascimento da autora, de apenas 2 dias, tal questão também foi sopesada, elucidada e afastada no julgamento da ADPF nº 292, tendo sido ratificada a legitimidade do critério etário estabelecido:

"No que se refere especificamente à data de corte, sempre haverá um aluno que aniversaria em um dos dias subsequentes a 31 de março e que, por isso, vê-se tolhido de se matricular no nível escolar subsequente. Sob a perspectiva desse aluno, a regra é subinclusiva. O ***critério, no entanto, não é aleatório, encontrando justificativa de ordem prática na organização das instituições de***

ensino e alocação de recursos humanos e financeiros para todo o ano letivo. Essa justificativa, ainda que não possua envergadura constitucional, é consentânea com o acesso à educação, vez que a criança não estará privada de matricular-se na escola" (g.n).

Nesse panorama, tem-se que o principal requisito da ação mandamental proposta – existência de direito líquido e certo, comprovável de plano – não foi demonstrado pela impetrante.

O mandado de segurança é meio constitucional hábil a garantir o direito líquido e certo *"que se apresenta manifesto a sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração – ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados de plano por prova pré-constituída"*. (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 30ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 696).

Leciona Daniel Amorim Assumpção acerca do tema:

"Inicialmente, aparece no primeiro contato do órgão judicial com a petição inicial, mesmo porque sua ausência nesse momento já será causa da extinção do processo por carência de ação. Ocorre, entretanto, que, por tratar-se de momento liminar do procedimento, a cognição sumária, única possível nesse momento processual, levará o órgão judicial a fazer um juízo de aparência; nesse estágio é suficiente que exista uma plausibilidade da existência de direito líquido e certo. O segundo momento, em que se analisará a efetiva existência de direito líquido e certo, é o da decisão final, quando, de posse das informações prestadas pela autoridade coatora e da manifestação do Ministério Público, o juiz, em cognição exauriente, decidirá baseado em um juízo de certeza, por poder confirmar ou não a plausibilidade de existência do direito líquido e certo." (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "Ações Constitucionais", 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 164).

Assim, em observância à impossibilidade de dilação probatória na ação mandamental e à ausência de direito líquido e certo demonstrado de plano por prova pré-constituída, adequada a denegação da segurança.

Sobre o tema, destacam-se precedentes desta C. Câmara Especial:

"APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRESSÃO ESCOLAR. Recusa da matrícula da menor na Pré-escola para o ano letivo de 2022, com base na Deliberação CEE nº 166/2019. Sentença que denegou a segurança. Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 292 e ADC nº 17) que entendeu pela constitucionalidade da regra do critério etário para ingresso na Educação Infantil e no Ensino Fundamental. Possibilidade do seu afastamento, em casos excepcionais, a critério exclusivo da equipe pedagógica diretamente responsável pelo aluno, com base no acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um. Excepcionalidade do caso não comprovada. Menor

Acesso ao Sumário

não matriculada na instituição de ensino até a publicação da Deliberação CEE nº 166/2019, não fazendo jus à progressão prevista no artigo 4º do aludido ato normativo. Recurso de apelação desprovido" (TJSP; Apelação Cível 1000089-09.2022.8.26.0172; Relatora Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Eldorado Paulista – Vara Única; Data do Julgamento: 31/01/2023; Data de Registro: 31/01/2023).

"APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança com pedido de tutela antecipada com vistas à matrícula de criança, na série 'Maternal I' do Colégio Dante Alighieri, para o ano de 2022 – Sentença a denegar o writ – Infante que, na data de 31/03/2022, não havia completado, nem sequer, 3 (três) anos de idade, assim deixando de atender determinação expressa de Deliberação do Conselho Estadual de Educação (nº 166/2019) e da Portaria nº 1.035/2018, do Ministério da Educação – Efeito vinculante, sobre o tema, das decisões proferidas pelo E. Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 17 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 292 – Impetrante, ademais, não matriculada no Ensino Infantil (Pré-Escola) até a data de publicação da Deliberação CEE 166/2019, não aproveitando, dessa maneira, a exceção prevista no artigo 4º de referido ato normativo – Direito líquido e certo, de todo modo, inexistente – Manutenção da sentença guerreada – Apelação não provida" (TJSP; Apelação Cível 1131910-95.2021.8.26.0100; Relator Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 07/11/2022; Data de Registro: 25/11/2022).

Assim, fundamentada a r. sentença no art.10 da Lei 12.016/2009, a hipótese encontra respaldo no art. 332, inciso II, do Código de Processo Civil, reiterada, ainda, a intimação da Escola ré da sentença proferida, do prazo para apresentação de contrarrazões e para eventuais providências cabíveis (fls. 111/112), sem que houvesse, todavia, qualquer pronunciamento nos autos.

No mais, ausente qualquer prejuízo à impetrante, que, se o caso, poderá buscar a tutela jurisdicional almejada através de ação própria (procedimento comum), consoante permissivo constante no artigo 19 da Lei do Mandado de Segurança.

Por fim, considera-se prequestionada toda a matéria veiculada no recurso, para fins de eventual acesso às instâncias superiores.

Com isto, nega-se provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0040653-78.2022.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DA COMARCA DE BARUERI, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BARUERI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 5ª Vara Cível de Barueri. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 85.311)**

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, 10 de janeiro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Liquidação de sentença de ação de divórcio na qual foram partilhados os bens do casal. Remessa da Vara Cível para a Vara Especializada. Impossibilidade. Ação de caráter autônomo, de cunho estritamente obrigacional. Matéria não afeita à competência das Varas de Família e Sucessões, prevista no art. 37 do Código Judiciário Paulista. Precedentes. Competência do Juiz suscitado da 5ª Vara Cível da Comarca de Barueri.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL**, ambas da **COMARCA DE**

BARUERI, nos autos da ação de liquidação de sentença nº (...) proposta por V.M.M. contra R.C.

Argumentou a suscitante que, a despeito de a instalação das Varas de Família e Sucessões na Comarca de origem ser superveniente à sentença que homologou o acordo de divórcio (proferida no juízo suscitado), a decretação do divórcio com a partilha dos bens e dívidas encerra a competência da vara especializada. Salientou que questões atinentes ao descumprimento do *quantum* pactuado rege-se pelo direito das obrigações, que atrai a competência do juízo cível. Asseverou que a natureza da relação jurídica patrimonial é meramente obrigacional, e não está mais afeita ao âmbito da Vara de Família e Sucessões, cuja competência é absoluta, nos termos do artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

Na ação de divórcio que tramitou na 5ª Vara Cível da Comarca de Barueri (antes da instalação das Varas de Família e Sucessões naquela Comarca), processo nº (...), os bens do casal foram devidamente partilhados (fls. 12/25), restando fixado o percentual e as obrigações patrimoniais de cada cônjuge para com o outro.

E, na presente demanda, pretende a autora a liquidação de parte da sentença, a fim de estabelecer o valor exato do aluguel devido pelo requerido (ex -marido) em relação à permanência em um imóvel comum do ex-casal, conforme previsto em cláusula do acordo de divórcio homologado judicialmente.

A questão, porém, deixou de ter natureza familiar e acessória e passou a ter cunho estritamente patrimonial, não previsto no rol do art. 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, que enumera as ações de competência das Varas especializadas de Família e Sucessões. Eventuais créditos e débitos, com natureza exclusivamente patrimonial, portanto, devem ser discutidos no juízo cível.

Desse modo, por se tratar de liquidação ou cumprimento de sentença sobre partilha de bens já decidida em ação de divórcio, a ação tem caráter autônomo, ficando afastada a competência do juízo especializado.

Vale citar, nesse sentido, o seguinte trecho da decisão da C. 3ª Câmara de Direito Privado desse E. Tribunal de Justiça Bandeirante, de minha relatoria, nos embargos de declaração nº 0012142-41.2020.8.26.0000/50001, julgado em

Acesso ao Sumário

19 de agosto de 2020:

"Tem-se que a jurisprudência mais recente desta Corte na Seção de Direito Privado, bem assim na Câmara Especial – esta, na competência que lhe cabe pelo artigo 33, parágrafo único e incisos do Regimento Interno –, está reconhecendo ser mesmo do Juízo Cível a competência para processar e julgar o cumprimento de acordo homologo na ação de divórcio, ao fundamento de que – com o divórcio – rompido o vínculo matrimonial, o acordo passa a ter natureza meramente obrigacional e, por isso, deve mesmo ser processado naquele Juízo Cível."

Confiram-se os seguintes precedentes dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Cumprimento de sentença de divórcio. A dissolução da sociedade conjugal, seguida da partilha dos bens adquiridos e dívidas contraídas na constância do casamento, encerra a competência da Vara Especializada, na medida em que a relação subsistente possui natureza obrigacional, que deve ser conhecida pelo Juízo Cível. Matéria que não está afeta à competência absoluta das Varas da Família e Sucessões, nos termos do artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0029699-70.2022.8.26.0000 – Rel. Des. **Issa Ahmed** – j. em 27.09.2022, V.U.);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Cumprimento de sentença de ação de divórcio e partilha de bens. Determinação e remessa para a Vara especializada, onde foi decretado o divórcio e realizada a partilha de bens. Impossibilidade. Ação de caráter autônomo, de cunho estritamente obrigacional. Matéria não afeta à competência das Varas de Família e Sucessões, prevista no artigo 37 do Código Judiciário Paulista. Precedentes. Competência do Juiz suscitado da 42ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0039734-26.2021.8.26.0000 – Rel. Des. **Dimas Rubens Fonseca** – j. em 23.11.2021, V.U.)

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 5ª Vara Cível de Barueri.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0039672-49.2022.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA CÍVEL DE SÃO

Acesso ao Sumário

BERNARDO DO CAMPO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.240)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 16 de janeiro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação cautelar antecedente – Distribuição originária junto ao Juízo do Plantão Judiciário – Remessa do feito ao distribuidor local por não se tratar de nenhuma das hipóteses previstas no Capítulo X Seções II e VI das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça – Determinação de remessa do feito ao Juízo Corregedor dos Registros de Imóveis local – Impossibilidade – Matéria de caráter estritamente jurisdicional que não é afeta à competência do Juízo Corregedor Imobiliário – Competência da Vara Cível local – Observância do critério da livre distribuição do feito – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA CÍVEL** em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL**, ambos da Comarca de São Bernardo do Campo nos autos do pedido de tutela cautelar antecedente movida por K.N.I.L. em face de M.Z.A.A. e outro (Proc. nº (...)).

A demanda foi originalmente distribuída ao Juízo do Plantão Judiciário, que não conheceu do expediente e determinou a livre distribuição do feito, por entender que o pedido formulado pela parte autora não se enquadra em nenhuma das hipóteses prevista no Capítulo X Seções II e VI das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça (fl. 66, dos autos de origem).

Procedida a livre distribuição do processo junto ao Juízo Suscitado, este entendeu não ser o competente para a apreciação do pedido, tendo em vista que a matéria tratada nos autos versa acerca de assunto afeto a questões de registro imobiliário, sendo, assim, o Juiz Corregedor Permanente dos Registros Imobiliários local (Juízo Suscitante), o competente para processar e julgar o feito (fl. 68, dos autos originários).

Do ato declinatório discorda o Juízo Suscitante, pois segundo sua ótica, deverá ser respeitada a livre distribuição do processo, por se tratar de pedido de natureza jurisdicional e não administrativa, o que afasta a prevenção do Juiz Corregedor Permanente dos Registros Imobiliários (fls. 78/79, dos autos originários).

Foi designado o Juízo suscitado **(MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO)** para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 4/5).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito foi suscitado no *pedido de tutela cautelar antecedente* requerido por K.N.I.L. em face de M.Z.A.A. e outro.

In casu, razão assiste ao Juízo suscitante.

Isto porque não se trata de procedimento afeto à Corregedoria Permanente do Registro de Imóveis, uma vez que os requerentes objetivam a concessão de tutela antecipada, a fim de obstar que o 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Bernardo do Campo pratique qualquer ato de natureza registral, relativo ao imóvel matriculado junto ao mencionado cartório de registro sob o nº (...).

Em análise ao processo de origem do qual extraído o presente incidente, denota-se que a demanda possui caráter exclusivamente jurisdicional, tendo em vista que os requerentes insurgem-se contra negócio jurídico supostamente dotado de vício realizado pelos requeridos em prejuízo aos autores do feito e buscam, com fundamento no artigo 303 e seguintes do CPC, seja impedido o registro, averbação ou qualquer outro ato notarial em relação ao imóvel supra indicado.

Para que se cogitasse da competência do Juiz Corregedor Permanente, seria necessário que os requerentes viessem a juízo questionar as exigências

Acesso ao Sumário

feitas pelo Sr. Oficial do Registro de Imóveis, quando da análise formal do título apresentado pelos interessados, o que não ocorreu.

Mais especificamente, o inconformismo dos requerentes deveria tratar das exigências ainda a serem satisfeitas, caso em que deveriam seguir os trâmites previstos na Lei de Registros Públicos.

No entanto, trata-se de demanda cautelar de caráter preparatório, em que é questionada a compra e venda de imóvel, cuja transação supostamente já havia acontecido em momento pretérito, cujos promitentes compradores seriam os ora requerentes.

Portanto, deverá ser afastada a competência do Juízo Corregedor Permanente, observando-se o critério da livre distribuição do feito, por se tratar de demanda revestida exclusivamente de caráter jurisdicional.

Nesse sentido já se posicionou esta C. Câmara Especial em casos análogos:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de retificação de registro de imóvel, originalmente distribuída à 40ª Vara Cível do Foro Central Capital – Remessa dos autos à 1ª Vara de Registros Públicos da Capital – Desacerto da medida – Discussão posta no feito que extrapola a limitada competência da vara especializada, a qual não tem atribuição para dirimir litígios envolvendo o negócio jurídico que gerou a averbação registral – Inteligência do artigo 38 do Decreto-lei Complementar Estadual nº 03/1969 – Conflito julgado procedente – Competência do Juízo da 40ª Vara Cível do Foro Central da Capital, ora suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0025369-30.2022.8.26.0000; Relator: Des. Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Paulo – 1ª Vara dos Registros Públicos; Data do Julgamento: 11/08/2022; Data de Registro: 11/08/2022).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação para anulação de escritura de venda e compra e pedido de delimitação de área – Demanda distribuída originalmente ao juízo cível comum – Remessa do feito à Vara de Registros Públicos – Impossibilidade – Causa que não versa sobre matéria atribuída à Vara especializada, segundo o que prevê o artigo 38 da Lei de Organização Judiciária – Incompetência absoluta do suscitante para a apreciação da questão – Conflito acolhido – Competente o suscitado (18ª Vara Cível Central da Capital)". (TJSP; Conflito de competência cível 0043947-80.2018.8.26.0000; Relator: Des. Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 1ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 04/02/2019; Data de Registro: 05/02/2019).

Ante o exposto, conheço do conflito negativo de competência e declaro

Acesso ao Sumário

a competência do Juízo suscitado **(MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0031493-29.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM DO FORO CENTRAL CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade conheceram do conflito e julgaram competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Central, ora Suscitado", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.574)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 20 de janeiro de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de rescisão contratual c/c restituição de quantias pagas com pedido de tutela de urgência – Demanda ajuizada perante a 1ª Vara Cível do Foro Central e redistribuída para a 1º Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, sob o fundamento de se tratar de ação que pressupõe dissolução de sociedade em conta de participação – Descabimento – Discussão travada nos autos que diz respeito, na verdade, à simulação em contrato de compra e venda de imóveis, a afastar o reconhecimento da competência das Câmaras Especiais – Conflito procedente, para declarar a competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem – Foro Central Cível em face do MM. Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Central nos autos de Ação de rescisão contratual c/c restituição de quantias pagas com pedido de tutela de urgência movida por Geraldo José Chamilet em face de AGL Realty II empreendimentos imobiliários SPE LTDA., e outros (fls. 1/20 autos de origem).

Alega o juízo suscitante, em apertada síntese, que o litígio em exame não versa sobre direito societário ou qualquer das demais matérias de competência da Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem do Foro Central Cível, mas exclusivamente sobre a ocorrência de simulação ocorrida em contrato de compra e venda de imóveis (fls. 84/88, autos de origem).

Aduz o juízo suscitado, por sua vez, que é incompetente para conhecimento da demanda, porquanto a matéria discutida no caso em exame diz respeito a contrato de constituição de sociedade em conta de participação, prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1195) entre outros dispositivos, sendo o juízo competente o da Vara Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital, conforme a resolução nº 763/2016 (fl. 77/78 autos de origem).

Designado o juízo suscitante para apreciação das medidas urgentes (fl. 3), a douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar, já que não está prevista nenhuma das hipóteses legais de intervenção do Ministério Público no processo originário (fl. 8).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, nos termos do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto ambos os magistrados recusam a competência para julgar a ação.

Respeitadas as ponderações do Juízo suscitado, o qual entendeu por bem determinar a remessa do feito à 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem – Foro Central Cível, razão assiste ao juízo suscitante.

Acesso ao Sumário

Segundo o apurado nos autos, Ação de rescisão contratual c/c restituição de quantias pagas com pedido de tutela de urgência movida por Geraldo José Chamilet em face de AGL Realty II empreendimentos imobiliários SPE LTDA., e outros, visa na verdade, à rescisão de contrato de compra e venda de imóvel por simulação, não afeta, portanto, a direito societário.

Nesse ponto crucial, com bastante acerto o Juízo suscitante ao alegar que o litígio em exame não versa sobre direito societário ou qualquer das demais matérias de competência da Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem do Foro Central Cível, mas exclusivamente sobre a matéria cível. A presente ação não se enquadra nas hipóteses legais no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts.

1.052 a 1.087), como sustentando equivocadamente o juízo suscitado.

Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – A competência se fixa pela natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir – Questão de fundo atinente a compromisso de compra e venda de imóvel – Ausência de discussão relativa a sociedade em conta de participação – Matéria afeita ao âmbito da competência comum das três Subseções de Direito Privado, de conformidade com o disposto no § 3º, do art. 5º, da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 813/2019 – Recentíssimo precedente deste C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado – Conflito procedente para reconhecer a competência da 27ª Câmara de D. Privado (suscitada). (TJSP; Conflito de competência cível 0019642-90.2022.8.26.0000; Relatora: Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro de Jundiaí – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2022; Data de Registro: 02/08/2022)

Pelo exposto, julgo **procedente** o conflito, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Central, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0038490-28.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 37ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 21ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 21ª Vara Cível do Foro Central da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 93.104)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 17 de fevereiro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPE-

Acesso ao Sumário

TÊNCIA. Ação de reintegração de posse distribuída livremente para a 21ª Vara Cível de São Paulo. Redistribuição à 37ª Vara Cível local, por dependência à ação de reintegração de posse que lá tramita referente a imóvel contíguo. Identidade parcial de partes em ambos os polos das duas ações judiciais. Imóveis distintos. Ausência de risco de decisões conflitantes eis que referentes a objetos diferentes. Precedentes. Competência do juízo suscitado da 21ª Vara Cível de São Paulo.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 37ª VARA CÍVEL** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 21ª VARA CÍVEL**, ambos do **FORO CENTRAL DA CAPITAL**, nos autos da ação de reintegração de posse com pedido liminar nº 1125486-37.2021.8.26.0100 proposta por Manoel da Silva e Nerice Florentino da Silva contra os ocupantes do imóvel localizado na Rua Joaquim Távora, nº 70, Vila Mariana, São Paulo/SP.

Argumentou que a ação nº 1125374-68.2021.8.26.0100, em trâmite no juízo suscitante, foi proposta por FTP Participações e Empreendimentos Ltda em face dos ocupantes do imóvel situado na Rua Joaquim Távora, nº 58, Vila Mariana/SP. Ressaltou que embora o coautor Manuel da Silva seja um dos sócios administradores da empresa FTP Participações e Empreendimentos Ltda, e ainda que Tatiane Dias da Costa e João Araújo Almeida ocupem os dois imóveis, fato é que são imóveis distintos entre si, com demarcação de muros divisórios, de modo que não há conexão que fundamente a reunião das ações para julgamento em conjunto.

Processado o presente conflito de competência, foi designado o MM. Juiz de Direito suscitado da 21ª Vara Cível do Foro Central da Capital para apreciar as medidas urgentes.

A seguir, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência do Juízo suscitado.

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

Trata-se de ações de reintegração de posse referentes a imóveis contíguos, que, de acordo com as petições iniciais foram objeto de suposto esbulho posses-

sório nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar. Pelo que consta das informações do Juízo suscitante, há também identidade parcial de partes nas demandas, tanto no polo ativo (a primeira ação, processo nº 1125374-68.2021.8.26.0100, foi proposta por pessoa jurídica em que figura como sócio um dos autores da segunda ação, processo nº 1125486-37.2021.8.26.0100) quanto no polo passivo (de onze réus citados na primeira ação, dois deles constam também como réus na segunda ação). Contudo, as demandas possessórias versam sobre imóveis distintos, pelo que não há risco de decisões conflitantes, eis que referentes a objetos diferentes.

Em semelhante linha de raciocínio, os seguintes precedentes dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRECEDENTE AÇÃO DE USUCAPIÃO. CONEXÃO NÃO CONFIGURADA. Demandas que versam sobre imóveis distintos. Ausência de demarcação territorial que é irrelevante. Causas de pedir e pedidos distintos. Inexistência de risco de prolação de decisões conflitantes. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Itapecerica da Serra." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0009725-47.2022.8.26.0000 – Rel. Des. **Daniela Cilento Morsello** – j. em 20/05/2022 – V.U.);

"Conflito de competência. Ações de reintegração de posse. Questionamento quanto à existência de conexão entre as demandas. Imóveis distintos. Conexão não verificada. Ausência de risco de decisões conflitantes. Artigo 55, caput e 3º, do CPC. Competência do MM. Juízo Suscitado. Conflito procedente." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0051275-95.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Lídia Conceição** – j. em 19/02/2018 – V.U.);

"Conflito Negativo de Competência. Ações de adjudicação compulsória entre as mesmas partes – Imóveis diferentes – Demandas e pedidos distintos – Inexistência de prevenção – Não aplicação do artigo 253, incisos I e III, do Código de Processo Civil. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0003287-49.2015.8.26.0000 – Rel. Des. **Ricardo Anafe** [Pres. da Seção de Direito Público] – j. em 18/05/2015 – V.U.).

Ante o exposto, CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 21ª Vara Cível do Foro Central da Capital.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0001320-85.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL e interessada I.B.S., é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.542)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 17 de fevereiro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de competência – Ação de obrigação de fazer – Remessa ao Juizado Especial da Fazenda Pública – Possibilidade – Litisconsórcio passivo formado por Sociedade de Economia Mista e o Município de São Paulo – Presença de uma das Pessoas Jurídicas de Direito Público no polo passivo, constantes do artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.153/2009, que mantém a competência do Juizado Especial Fazendário – Precedentes da Câmara Especial – Valor da causa não excedente a 60 salários-mínimos – Inteligência do art. 2º, "caput" da Lei nº 12.153/2009 – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚ-**

BLICA em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA**, ambos do Foro Central da Comarca de São Paulo, nos autos da *ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência* ajuizada por I.B.S. em face do Município de São Paulo e da Companhia Metropolitana de Habitação – COHAB (Proc. nº (...)).

Divergem os Juízos sobre a competência para o processamento e julgamento do feito, essencialmente quanto à competência dos Juizados da Fazenda Pública para conhecer, processar e julgar ações em que figuram em litisconsórcio passivo facultativo pessoa jurídica de direito público e sociedade de economia mista.

Alega o Juízo Suscitado que a competência para conhecer da demanda objeto deste incidente é absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Nesse sentido, argumenta que o Provimento do Conselho Superior da Magistratura – CSM – nº 2030/2013 revogou os Provimentos nºs 1.768 e 1.769/2010, os quais limitavam a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Invoca, também, o Enunciado do IV FOJESP – Fórum de Juizados Especiais do Estado de São Paulo, que estabeleceu que a competência prevista na Lei nº 12.153/09 não é afastada pela existência de pessoa física ou jurídica de direito privado em litisconsórcio passivo com a pessoa jurídica de direito público, motivo pelo qual declinou de sua competência e determinou a redistribuição do feito a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública (fls. 47/48, dos autos de origem).

Deste entendimento diverge o Juízo Suscitante, invocando o art. 5º da Lei nº 12.153/09 para afirmar que o rol constante no dispositivo é taxativo, o que impossibilita à COHAB figurar no polo passivo no Juizado Especial da Fazenda Pública, por lhe faltar o pressuposto processual de capacidade para ser parte na demanda (fls. 1/3).

Foi designado o **Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO)** para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 37/38).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de ofertar parecer, pois não está presente hipótese legal de intervenção do Ministério Público no processo originário (fl. 47).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no art. 66, II, do Código de Processo Civil, uma vez que ambos os Juízos negam a competência para o julgamento do feito.

O conflito foi suscitado nos autos da *ação de obrigação de fazer* ajuizada por I.B.S. em face do Município de São Paulo e da Companhia Metropolitana de Habitação – COHAB (Proc. nº (...)).

Acesso ao Sumário

E, na hipótese, assiste razão ao Juízo suscitado.

De início, cumpre observar que há formação de litisconsórcio passivo facultativo pelo Município de São Paulo e a Companhia Metropolitana de Habitação – COHAB, constituída sob a forma de sociedade de economia mista.

Consigne-se que o artigo 5º da Lei nº 12.153/2009 estabelece quais são os legitimados a figurar no polo passivo, no âmbito do Juizado Especial da Fazenda Pública, *"in verbis"*:

> *Art. 5º. Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:*
>
> *(...)*
>
> *II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.*

Note-se que, consoante se extrai da análise do aludido dispositivo, não figura, dentre os possíveis legitimados passivos, a sociedade de economia mista, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado.

E, por essa razão, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em regra, deve ser afastada, conforme entendimento esposado por esta C. Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais em face da Empresa Metropolitana de Transporte Urbano – EMTU – Distribuição ao Juízo da 7ª Vara Cível de Guarulhos – Redistribuição a 1ª Vara da Fazenda Pública da mesma Comarca – Impossibilidade – Sociedade de economia mista – Pessoa jurídica de direito privado – Súmula 73 deste Eg. Tribunal de Justiça – Necessidade de simetria entre a competência da Vara Cível e das Câmaras de Direito Privado – Precedentes – Conflito procedente – Competência do MM. Juízo Suscitado." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0012863-56.2021.8.26.0000 – Rel. Des. Magalhães Coelho – j. em 11.05.2021 – V.U.).*

Acesso ao Sumário

De outro lado, excepciona-se a regra retro mencionada na hipótese de existência de litisconsórcio passivo no qual participe pessoa jurídica de direito público.

Isso porque referida modalidade de litisconsórcio, entre uma sociedade de economia mista e os entes públicos descritos no artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.153/2009, **atrai a competência absoluta** dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

É o posicionamento desta Colenda Câmara Especial:

> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer proposta em desfavor de autarquia estadual, ente público municipal*

e sociedade de economia mista (litisconsórcio) – É entendimento assente tanto do Órgão Especial, quanto desta Câmara Especial, ambos órgãos fracionários deste Egrégio Tribunal de Justiça, que a omissão legislativa preconizada no artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.153/2009 foi uma clara opção do legislador e, portanto, a existência da sociedade de economia mista no polo passivo afasta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Todavia, nas hipóteses de litisconsórcio passivo, a presença de alguma das pessoas jurídicas de direito público previstas no artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.153/2009 (fator de discrimen) já é suficiente para atrair a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública para processar e julgar a causa cujo valor atribuído à causa é inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos e que prescinde da produção de prova pericial complexa para ser resolvida, independentemente da existência, ou não, de pessoa jurídica de direito privado ou de sociedade de economia mista como parte corré – Precedentes desta Colenda Câmara Especial – Reconhecimento da competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública – Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo Suscitado.

(TJSP; Conflito de competência cível 0026801-84.2022.8.26.0000; Relator:Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Fazenda Pública/Acidentes – 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/08/2022; Data de Registro: 31/08/2022);

Conflito de competência – Ação de obrigação de fazer – Feito originariamente proposto no JEFaz – Remessa ordenada à Vara Fazendária comum, mercê de figurar no polo passivo da demanda sociedade de economia mista – Descabimento – Ente privado incluído na lide em litisconsórcio com a Fazenda Pública – Previsão contida no art. 27 da Lei dos Juizados Fazendários c.c. art. 10 da Lei nº 9.099/95 que habilita a competência do juizado em casos que tal – Competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que figura como réu o poder público e o valor da causa não ultrapasse o valor de alçada legalmente previsto – Inteligência do art 2º, "caput", e § 4º, da Lei nº 12.153/2009 – Conflito acolhido – Competência do suscitado (2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital).

(TJSP; Conflito de competência cível 0041963-61.2018.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/12/2018; Data de Registro: 04/12/2018)

Some-se a isso que o valor atribuído à causa, qual seja, R$ 69.800,00 (fl. 30 dos autos de origem) não supera 60 (sessenta) salários-mínimos, de modo

Acesso ao Sumário

que, nos termos do art. 2º da Lei Federal nº 12.153/2009, são de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito estadual, o processamento, a conciliação e o julgamento das causas cíveis de interesse dos Estados e dos Municípios, cujo valor não ultrapassar 60 (sessenta) salários-mínimos.

Ante o exposto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do **Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO).**

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0031036-94.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de jurisdição e deram provimento para declarar a competência do Juízo suscitado, 8ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.443)**

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, 27 de janeiro de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Prática dos delitos de concorrência desleal e violação de segredo profissional – Conexão – Ação penal adesiva – **Competência fixada com base na imputação contida na queixa-crime e denúncia – Concurso de crimes – Somatória das penas máximas em abstrato superior a**

Acesso ao Sumário

dois anos – Inteligência da Súmula 82 do TJSP – Inexistência de óbice para o processamento conjunto das peças acusatórias – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA, suscitado.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *conflito negativo de jurisdição* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA, ambos da Comarca de São Paulo, nos autos da ação penal e queixa-crime ajuizadas contra C.A.G.J., nos quais se atribuiu ao averiguado o cometimento dos crimes de concorrência desleal e violação de segredo profissional (artigos 195, III e XI, da Lei nº 9.279/96 e 154, *caput*, do Código Penal) (Processo nº (...)).

Foi designado o *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA*, suscitado, para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 06/07).

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela declaração da competência do Juízo suscitado (fls. 13/16).

É o relatório.

Conhece-se do *conflito negativo de jurisdição*, visto que presente a hipótese prevista no artigo 114, I, do Código de Processo Penal.

A ação foi inicialmente distribuída ao *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA*, que, verificando a existência de anterior inquérito policial instaurado para apurar os fatos narrados na inicial acusatória distribuído ao Juízo da 8ª Vara Criminal, bem como medida cautelar de busca e apreensão, determinou a remessa dos autos ao mencionado juízo (fl. 394 da origem).

Redistribuída a demanda o *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA* ao argumento de que a pena máxima não ultrapassaria o patamar de 2 (dois) anos de detenção, remeteu o feito ao Juizado Especial Criminal (JECRIM) (fl. 399 da origem).

Em cumprimento à aludida determinação os autos foram redistribuídos ao MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA que, após determinar o apensamento do feito nº. (...) aos autos de origem, por tratar-se dos mesmos

Acesso ao Sumário

fatos, e diante do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público pela prática do delito de violação do segredo profissional (artigo 154, *caput*, do Código Penal) (fls. 747/749 da origem), determinou a redistribuição dos feitos à justiça comum, em razão da somatória das penas máximas abstratamente cominadas na denúncia e na queixa-crime (imputação dos delitos previstos nos incisos III e XI, da Lei nº 9.279/96) superar o limite de dois anos, estabelecido no artigo 61 da Lei 9.099/95 (fl. 754, dos autos originários).

Novamente redistribuído o feito ao *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA* este declinou da competência alegando tratar-se de ações distintas que possuem ritos processuais diversos, de modo que determinou o retorno dos autos (fls. 769/770 da origem), sendo pelo juízo especializado suscitado o presente conflito de jurisdição (fls. 776/777 da origem).

Pois bem.

É entendimento desta Colenda Câmara Especial que a análise em abstrato da imputação feita ao réu ou querelado deve levar em conta o que consta da peça inicial.

Portanto, a indicação do procedimento a ser adotado e, consequentemente, da competência do órgão judicial para processamento da denúncia ou queixa-crime, deve ser aferida a partir das peças acusatórias, vedada interpretação ampliativa ou restritiva dos fatos descritos e da capitulação jurídica descrita.

Neste sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Queixa-crime pela prática, em tese, dos delitos de calúnia e injúria por três vezes na forma qualificada e uma vez na forma simples, todos em concurso material com a causa de aumento de pena da prática delitiva na presença de várias pessoas, previstos nos artigos 138, 'caput', 140, 'caput' e § 2º, na forma do 141, inciso III, todos do Código Penal. Recusa da competência pelo r. Juízo da Vara Criminal. Impossibilidade. Competência que se firma a partir da imputação contida na inicial. Somatória das penas em abstrato aplicadas aos delitos e que ultrapassam o limite de dois anos. Competência do Juizado Especial afastada. Entendimento em consonância com o C. Superior Tribunal de Justiça, referendado por este Egrégio Tribunal de Justiça, nos termos da súmula 82. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do r. Juízo suscitado" (CJ nº 0166380-62.2013.8.26.0000 – Rel. DES. CARLOS DIAS MOTTA – j. 17/02/2014).

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADA (ARTIGO 138 C.C. ARTIGO 141, III E IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). COMPETÊNCIA DO JUÍ-

Acesso ao Sumário

ZO A SER FIXADA DE ACORDO COM A CAPITULAÇÃO JURÍDICA DADA PELO TITULAR DA AÇÃO PENAL. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA QUE DEVEM SER LEVADAS EM CONSIDERAÇÃO PARA A CORRETA DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CRIME CUJA PENA MÁXIMA COMINADA EM ABSTRATO, COMPUTADAS AS MAJORANTES, SUPERA O PATAMAR DE DOIS ANOS ESTABELECIDO NO ARTIGO 61, DA LEI Nº 9.099/95, OBSTANDO O PROCESSAMENTO DA CAUSA PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, COM O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO" (CJ nº 0156081-26.2013.8.26.0000 – Rel.ª DES.ª CLÁUDIA FANUCCHI – j. 25/11/2013).

E, no caso concreto, a análise jurídica a ser feita para a fixação da competência deve levar em conta a capitulação jurídica apresentada pelo titular da ação penal e pelo autor da queixa-crime, que abrange os crimes de concorrência desleal e violação de segredo profissional (artigos 195, III e XI, da Lei nº 9.279/96 e 154, *caput*, do Código Penal), ainda que ofertados por autores diversos e em peças distintas, diante da conexão estabelecida entre os fatos apresentados.

Sobre o assunto já manifestou o E. Des. Farto Salles que na hipótese de existência de concurso de infrações *"(...) a conexão probatória certamente autorizaria o processamento conjunto das ações penais (ainda que de naturezas distintas) como medida de economia processual, inclusive em atenção ao disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais e, também, como forma de evitar a prolação de decisões conflitantes ou, até mesmo, futura alegação de litispendência ou coisa julgada (como bem destacou a ilustrada Procuradoria de Justiça). Pontue-se, inclusive, que a doutrina admite a figura da 'ação penal adesiva' nas hipóteses de concurso entre delitos apurados por ação de iniciativa privada e pública, com formação de espécie de litisconsórcio ativo entre Justiça Pública e o querelante, nada impedindo a rigor, o processamento conjunto das peças acusatórias"* (TJSP, 6ª Câmara de Direito Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 0011820-36.2020.8.26.0577, julgado em 24.06.2021, p. 7).

Viável e recomendável, portanto, o processamento conjunto da queixa-crime e denúncia sobre fatos conexos, independentemente de haver ritos processuais distintos, sendo pela doutrina denominada tal hipótese como ação penal adesiva, conceituado por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar como *"a possibilidade de militarem no polo ativo, em conjunto, o Ministério Público e o querelante, nos casos onde houver hipótese de conexão ou continência entre crimes de ação penal de iniciativa pública e de ação penal de iniciativa privada. Trata-se de casos similar ao litisconsórcio do direito processual civil, interessando destacar que, no âmbito do processo penal, ao invés de uma petição*

Acesso ao Sumário

única (litisconsórcio originário), a regra é que haja a propositura de denúncia pelo Parquet e a de queixa pela vítima do delito conexo, surgindo assim um 'litisconsórcio' (impróprio) em momento ulterior, qual seja, o da reunião de demandas" (Curso de Direito Processual Penal, 4ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 174).

No mais, quanto à alegada impossibilidade de processamento conjunto dos feitos em razão da natureza e ritos diversos, bem ressaltou a Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer a ausência de qualquer óbice, inclusive colacionando pertinente doutrina, *litteris*:mal

> *"Por fim, não há qualquer impossibilidade de haver conexão entre delitos de ação penal pública e ação penal privada, como no caso. É importante trazer a lição de Damásio Evangelista de Jesus (Direito Penal. Vol 1. Parte geral. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pags. 713/714): 'Quando há concurso formal entre um crime de ação penal pública e outro de ação penal privada, o órgão do Ministério Público não pode oferecer denúncia em relação aos dois. Suponha-se que o sujeito cometa crimes de injúria e ato obsceno, em concurso formal (CP, arts. 140 e 233, respectivamente). A injúria é, em geral, crime de ação penal privada, podendo ser também crime de ação pública condicionada; o ato obsceno, de ação penal pública. Neste caso, como ensinava José Frederico Marques, 'o Ministério Público não fica autorizado a dar denúncia em relação a ambos os delitos. É imprescindível que se forme um litisconsórcio entre o Promotor e o titular do jus querelandi, para que ambos os delitos sejam objeto de acusação e possam ser apreciados conjuntamente na sentença', aplicando-se o disposto no art. 77, II, do CPP. Cada ação penal é promovida por seu titular, nos termos do art. 100, caput, do CP."*

Nessa linha já decidiu esta E. Corte: Apelação Criminal nº 0000458-16.2015.8.26.0576, Relator Des. Mauricio Henrique Guimarães Pereira Filho, j. em 13.02.2020 e Recurso em Sentido Estrito nº 0011820-36.2020.8.26.0577, Relator Des. Farto Salles, j. 24.06.2021.

Por outro lado, cumpre observar que a competência decorrente da regra prevista no artigo 61 da Lei nº 9.099/1995 é estabelecida em razão da matéria, sendo, assim, de natureza absoluta, devendo, *in casu*, considerar-se a somatória das penas dos crimes atribuídos ao acusado/querelado.

Nesse sentido já decidiu esta Colenda Câmara Especial:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Medida cautelar. Crimes de ameaça e dano qualificado. Artigos 147 e 163, parágrafo único, inciso IV, do Código Penal. Autos distribuídos no Juizado Especial Criminal. Remessa à Justiça Comum. Possibilidade. Competência que se fixa com base na imputação contida na peça acusatória. Soma aritmética das pe-*

nas máximas abstratamente cominadas a cada delito que supera o limite admitido para o trâmite do feito no Juizado Especial Criminal. Conflito conhecido para declarar a competência do I. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande (suscitante).” (TJSP; Conflito de Jurisdição 0014614-44.2022.8.26.0000; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Praia Grande – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/10/2022; Data de Registro: 14/10/2022)

“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. QUEIXA-CRIME. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA EM CONCURSO FORMAL. SOMATÓRIA DAS PENAS MÁXIMAS EM ABSTRATO SUPERIOR A DOIS ANOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL COMUM. Competência fixada de acordo com tipificação dos fatos efetuada na peça acusatória. Somatória das penas máximas em abstrato dos delitos imputados ao querelado que supera o limite de dois anos, previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Competência do Juízo Criminal Comum. Inteligência da Súmula nº 82 deste E. TJSP. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas.” (TJSP; Conflito de Jurisdição 0027844-56.2022.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Campinas – Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 31/10/2022; Data de Registro: 31/10/2022).

“*CONFLITO* NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. *Queixa*-crime promovida para apuração dos crimes de *calúnia*, injúria e dano qualificado. Distribuição *perante a Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Campinas. Determinação de remessa dos autos para o Foro Regional de Vila Mimosa. Recusa. Retorno dos autos para o JECRIM. Remessa dos autos para a 1ª Vara Criminal de Campinas, sob a alegação de que a pena a ser aplicada superaria o limite de dois anos.* Parcial *rejeição da queixa-crime, com recebimento tão somente do crime de injúria, decisão que já transitou em julgado. Nova determinação de remessa ao JECRIM. Nova recusa pelo Suscitante ante o argumento de que houve indevida antecipação da análise do mérito para fins de modificação da competência. Competência fixada com base na imputação contida na inicial acusatória. Somatória das penas máximas em abstrato que ultrapassa o limite admitido para processamento perante o JECRIM. Inteligência da Súmula 82 deste Tribunal de Justiça. Recebimento da queixa-crime, ademais, que tornou o Juízo Suscitado prevento para o julgamento, ainda que remanescente crime de menor potencial ofensivo. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado declarada* (CJ nº 0047093-66.2017.8.26.0000 – Rel.ª DES.ª Dora Aparecida Martins – j. 10/12/2018) (g.n.)

Acesso ao Sumário

Esse entendimento, aliás, consta da súmula 82 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *"Compete ao Juízo Criminal Comum processar e julgar ação na qual se imputam ao réu, crimes cuja soma das penas máximas ultrapassa o limite de 02 (dois) anos previsto no art. 61 da Lei 9.099/95."*

Desse modo, considerando extrapolado o limite de dois anos estabelecido no artigo 61, da Lei nº 9.099/95, fica afastada a competência dos Juizados Especiais Criminais, devendo ser a competência atribuída à Vara Criminal Comum.

Ante o exposto, *conheço* do conflito negativo de jurisdição e declaro a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA, *suscitado*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0034820-79.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO SUL-1 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL IX – VILA PRUDENTE, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DO SETOR DE ATENDIMENTO DE CRIMES DA VIOLÊNCIA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E VÍTIMA DE TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS – SANCTVS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declararam competente o Juízo Suscitante (MMª. Juíza de Direito da Vara da Região Sul-1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Vila Prudente). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.750)**

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, 3 de fevereiro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Apuração de eventual prática de crime de estupro de vulnerável – Delito do artigo 217-A "caput" do C.P., supostamen-

te praticado pelo padrasto em desfavor de duas meninas – Denúncia distribuída ao Setor de Atendimento de Crimes da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas – SANCTVS – Redistribuição ao Juízo da Vara da Região Sul-1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Vila Prudente – Possibilidade – Desigualdade a ser amparada pela legislação especial porque o agressor integrava o ambiente familiar da vítima – Conduta delituosa em razão do gênero, e não da idade – Competência absoluta das Varas da Violência Doméstica – Inteligência do art. 8º, § 2º, da Resolução 780/2017 e Súmula 114 deste Tribunal de Justiça – Incidência da Lei Maria da Penha – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do Juízo Suscitante (MMª. Juíza de Direito da Vara da Região Sul-1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Vila Prudente).

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO SUL-1 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL IX – VILA PRUDENTE** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DO SETOR DE ATENDIMENTO DE CRIMES DA VIOLÊNCIA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E VÍTIMA DE TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS – SANCTVS**, na ação penal ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo imputando T.B.S. pela prática do crime do artigo 217-A *caput* do C.P. em continuidade delitiva (art. 71, *caput*, C.P.) c.c. art. 226, II do C.P., em desfavor de suas enteadas V.N.B. e D.N.B., ambas menores de 14 anos na data dos fatos (proc. (...)).

O processo foi originalmente distribuído perante o MM. Juízo do Setor de Atendimento de Crimes da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas – SANCTVS, que declinou da competência, por entender que o crime envolve violência de gênero (fls. 30/31, proc. de origem).

Contemplada pela redistribuição, a MMª. Juíza de Direito da Vara da Região Sul-1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional

Acesso ao Sumário

IX – Vila Prudente também se deu por incompetente, por reputar que a situação de violência se deu em razão da vulnerabilidade etária (fls. 36/40, proc. de origem).

O MM. Juízo Suscitante foi designado para apreciar medidas urgentes (fls. 03).

Instada a manifestar-se, opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica do Foro Regional de Vila Prudente (fls. 09/14).

É o relatório.

Tem-se conflito negativo de jurisdição *"quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso"* (art. 114, inciso I, do Código de Processo Penal).

Respeitado entendimento em sentido contrário, assiste razão ao MM. Juízo Suscitado.

Segundo consta, o denunciado T.B.S. teria praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com suas enteadas, V.N.B. e D.N.B., menores de 14 anos na data dos fatos (fls. 24/27, proc. de origem).

As circunstâncias do caso indicam que há, em tese, violência de gênero, em que o agressor tem condição privilegiada decorrente de uma relação de convívio, intimidade e privacidade que mantém com as vítimas, valendo-se dela para perpetrar as condutas em apuração.

Tal dinâmica enquadra-se no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme previsão contida no artigo 5º da Lei nº 11.340/06, e da análise do dispositivo citado, infere-se que o objeto de tutela da lei é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor.

Logo, considerando que o delito foi perpetrado com base no gênero e não na idade das vítimas, a presente ação penal deve ser submetida ao juízo especializado de proteção à mulher.

A respeito do tema, a Súmula 114 deste Eg. Tribunal:

"Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor."

Ademais, importante apontar que o Provimento nº 2.236/2015 do E. Con-

selho Superior da Magistratura, ao apresentar as exposições de motivos para a criação do Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas – SANCTVS considerou, entre outros, ***"as crianças e adolescentes do sexo masculino vítimas de violência doméstica não são protegidos na esfera criminal pela Lei Maria da Penha"***, tornando-se evidente que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada aos casos de menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos.

Considera-se, ainda, que a Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, assim enuncia:

A competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

Neste sentido, a apontar a competência das Varas de Violência Doméstica nas hipóteses de vítima menor de idade do sexo feminino, a jurisprudência da Colenda Câmara Especial:

"CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Denúncia ofertada com base no art. 217-A, caput, c.c. art. 61, II, 'f' e o art. 226, II, todos do Código Penal – Autor dos fatos que supostamente praticou ato libidinoso contra sua sobrinha, com quem coabitava – Conduta delituosa inerente ao âmbito doméstico e familiar praticada contra mulher – Incidência da Lei nº 11.340/06 – Competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Súmula 114 do TJSP – Entendimento firmado por esta C. Câmara Especial – Competência do SANCTVS que abrange apenas os casos não alcançados pela Lei Maria da Penha – Inteligência do art. 8º, parágrafo 2º, da Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, e da Exposição de Motivos do Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura – Conflito de jurisdição conhecido para declarar a competência da Vara Regional Norte de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santana."

(Conflito de Jurisdição 0044120-36.2020.8.26.0000; Rel. Guilherme G. Strenger, 16/03/2021).

"CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Apuração de suposta prática de estupro de vulneráveis capitulado no art. 217-A, c.c. arts. 226, II, e 71 do CP – Delito imputado ao padrinho em relação à afilhada menor, praticado no âmbito doméstico e familiar – Vítima mulher – Incidência da Lei 11.340/06 – Competência da Justiça Especializada – Súmulas 114 e 156 desta Corte – Conflito acolhido – Competente o suscitante (Vara Central de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca da Capital)." (Conflito de Jurisdição 0008797-67.2020.8.26.0000; Relator Renato Genzani Filho; 19/05/2020).

Acesso ao Sumário

Com isto, pelo meu voto conheço do conflito de jurisdição e declaro competente o Juízo Suscitante (MMª. Juíza de Direito da Vara da Região Sul-1 de

Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Vila Prudente).

Exceções de Suspeições

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição nº 0030221-97.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é excipiente D.V.S., é excepto (...) (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a exceção de suspeição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.375)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 12 de dezembro de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Ação Penal – **Excipiente denunciado por suposta prática do crime previsto no artigo 180 c.c. artigo 14, ambos do Código Penal – Alegada parcialidade do Magistrado ante a demonstração de interesse do julgamento em favor da acusação, bem como elabora**ção de perguntas retó**ricas em audiência e que apontam tendência dos atos processuais – Circunstâncias que não se enquadram em quaisquer das hipóteses taxativas do artigo 254 do Código de Processo Penal e que tampouco denotam prejulgamento da causa – Condução do processo coerente com o exercício regular da função jurisdicional – Mero inconformismo da parte que não se presta ao reexame de decisões judiciais – Inteligência da Súmula 88 deste E. Tribunal de Justiça – Exceção rejeitada.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de exceção de suspeição arguida por D.V.S. em face de MM. Juiz de Direito atuante na (...) Vara Criminal (...), Doutor (...), nos autos da Ação Penal pela qual denunciado como no artigo 180 c.c. artigo 14, ambos do Código Penal.

Sustenta o excipiente, em síntese, que o Magistrado teria agido com parcialidade, na forma como foram conduzidas as oitivas nas datas (...) e (...), privilegiando a acusação, induzindo as testemunhas a ratificarem a afirmação que fazia (fls. 01/03 dos autos originários).

Não reconhecida a suspeição pelo excepto (fls. 05/07 daqueles mesmos autos), a I. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou por sua rejeição (fls. 10/12).

É o relatório.

A exceção deve ser rejeitada.

É cedido que o Código de Processo Penal, em seu artigo 95, inciso I, autoriza a arguição de exceção de suspeição como forma de resguardar o Princípio do Juiz Natural, bem como de garantir a imparcialidade do magistrado.

E as hipóteses de suspeição do magistrado estão taxativamente previstas no artigo 254 daquele mesmo Diploma processual, *in verbis*:

> *"O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:*
>
> *I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;*
>
> *II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;*
>
> *III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;*
>
> *IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;*
>
> *V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;*
>
> *VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo."*

Sucede que, *in casu*, em nenhum momento o excipiente indica qualquer das hipóteses acima transcritas, escorando a suspeição, antes, alegar que durante a audiência teria induzido as testemunhas afirmarem e a confirmarem os fatos.

Nada há, com efeito, nas razões suscitadas no incidente, que permita concluir pelo intuito deliberado, por parte do ora excepto, de prejudicar o excipiente; o que importaria, caso contrário, em indício de parcialidade.

Elucidou o d. Magistrado, aliás,:

"(...) observa-se que as aventadas 'intervenções' apontadas pela defesa

Acesso ao Sumário

do excipiente nada mais foram que indagações ou observações legítimas realizadas com o propósito da busca pela verdade real, não se olvidando da complexidade do feito e a pluralidade de elementos informativos a serem ratificados ou não em juízo, não existindo quaisquer elementos nos autos que apontem mácula à imparcialidade deste magistrado. (cf. fls. 6 dos autos da exceção).

É nítido, portanto, que os decisórios atacados decorreram de posturas adotadas na prática funcional e do livre convencimento – diga-se, motivado – do Juiz de Direito em face de quem se arguiu suspeição.

Nesse passo bem elucidou a douta Procuradoria Geral de Justiça: *"Os doutos ditos Defensores, imberbes na vivência forense, não parecem capazes de distinguir na técnica processual 'perguntas de esclarecimentos' dentro do poder de cautela do Juiz nessa fase de procedimento, e nisso, não está ditando '...julgamento favorável à acusação...', muito menos a indagação judicial de '... essa informação se ele foi ouvido ou não você não tem, mas você viu ele sendo categórico em afirmar que tinha reconhecido o acusado como um dos roubadores...', como parte da instrução', e para fins de assentar convicção probatória constante dos autos, posto, fácil de deduzir, que tal não deve ter sido de aprendizado daqueles doutos em formação jurídica."* (fls. 11)

Sabe-se, inclusive, que somente prova cabal de parcialidade – aqui, como visto, nem de longe vislumbrada – tem o condão de acarretar a destituição do Juiz natural do processo, contemplado pela distribuição.

Vale ressaltar, ainda, que o inconformismo em torno de conteúdos decisórios – como o aventado no caso em apreço – há de ser deduzido por meio de recurso próprio. Nesse sentido, editou-se a Súmula 88 deste E. Tribunal de Justiça, nos termos da qual:

"Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa."

Raciocínio idêntico ao ora adotado pode ser conferido nos seguintes julgados:

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. Arguição fundada na alegação de existência de decisões judiciais equivocadas, o que indicaria intenção de prejudicar o excipiente. ***Mera indicação de decisões contrárias aos interesses do excipiente não é suficiente para a configuração da suspeição do magistrado. Decisões judiciais sujeitas a recursos próprios, que não são substituídos pela exceção de suspeição. Ausência de descrição de atos do julgador a indicar perseguição ou intenção de prejudicar a parte nos autos. Inteligência da Súmula 88, TJSP.*** *Exceção rejeitada."* (Exceção de Suspeição nº 0042239-58.2019.8.26.0000, Rel. Des. Fernando Torres Garcia, DJE 12.12.2019). (g.n.)

"1. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. Art. 254, Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

2. Excipiente alega que a decisão que indeferiu liberdade provisória traduz ***prejulgamento da causa.***

3. R. ***Decisão que se limitou a apontar indícios suficientes para manutenção dos excipientes em prisão****, ainda que provisória. Aliás, era dever constitucional do magistrado a análise das provas.*

4. Era ainda prudente e necessário que o MM. Juiz examinasse o caso, ainda que em cognição não aprofundada. Foi o que ocorreu.

5. Exceção rejeitada". (Exceção de Suspeição nº 0033068-82.2016.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, Presidente da Seção de Direito Privado, j. em 01.08.2016). (g.n.)

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ***Ausência de comprovação das hipóteses legais específicas previstas no artigo 254, do Código de Processo Penal – Prejulgamento não caracterizado – Matéria ainda sujeita a apreciação de instância superior por via recursal.*** *EXCEÇÃO REJEITADA, DETERMINANDO-SE O ARQUIVAMENTO."* (Exceção de Suspeição nº 0311057-93.2010.8.26.0000, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. em 08/11/2010). (g.n.)

Do exposto, **rejeita-se a exceção de suspeição**.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1000340-64.2020.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante CONCESSIONÁRIA RODOVIAS DO TIETÊ S.A e agravada AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP.

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 42.593)**

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, 13 de dezembro 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.

Acesso ao Sumário

– Inviabilidade de reexame de prova em Recurso Extraordinário, nos termos da Súmula 7/STJ.

– Demais questões rebatidas que não se encontram submetidas à sistemática de recursos repetitivos – impugnação por recurso próprio.

Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno (fls. 1 / 17 – Incidente 50001) interposto contra decisão que negou seguimento (CPC art. 1.030, I, alínea "a", c.c. art. 1035, § 8º e alínea "b") 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 AI n. 791.292/PE – Tema 339/STF e ARE n. 748.371/MT – Tema 660/STF, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou a agravante, em síntese, quanto ao Tema 339/STF, que o v. Acórdão recorrido não enfrentou todos os argumentos trazidos pela recorrente em ofensa ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. Quanto ao Tema 660/STF, aduziu que o caso concreto não versa sobre a violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, ou aplicação de normas infraconstitucionais que foram apontados no repetitivo ARE 748.371/MT – Tema 660/STF, razão pela qual não se aplica ao presente feito.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no ARE n. 748.371/MT (Tema 660) e com o AI nº 791.292/PE (Tema 339) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixaram as seguintes teses:

> Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.
>
> O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que suscintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Não há como proceder à modificação do decidido, pois a decisão da C. Turma Julgadora é **soberana** em razão da ausência de repercussão geral do Tema 660/STF.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Da mesma forma não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do AI nº 791.292/PE referente à fundamentação das decisões judiciais, sob a técnica de casos seriais, em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria.

Não impressiona o argumento no sentido de que não se cuidaria de própria singeleza de fundamentação, mas de nenhuma fundamentação, pois, como se pode observar a partir do exame das razões recursais, a agravante rebela-se verdadeiramente contra a interpretação – ou má interpretação – dos dispositivos legais indicados à luz das provas produzidas nos autos, a traduzir invocação de *error in judicando*, que não atina à ausência de fundamentação. Ao contrário, na imputação de erro de julgamento está contida a ideia de que as razões de decidir não estão de acordo com o modelo de fundamentação que se suporia adequada, com suposto o reconhecimento da fundamentação inadequada, que não implica em carência absoluta de fundamentação.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

> De acordo com o cronograma físico-financeiro, foram conferidos originariamente 15 dias corridos para a execução do item contratual, cominando-se a tanto o período compreendido entre 08/04/2011 a 22/04/2011. Cabe ressaltar que, por mera liberalidade, a contratada antecipou o início das obras para 12/02/2011, dispondo, assim, de mais 55 dias; e, até que se procedesse à vistoria, em 09/05/2011, decorreram 87 dias, tendo-se apurado nesta o avanço de apenas 8,4% do que foi ajustado (cf. fls. 265/267 e 299).
>
> Não obstante, após realizada a aferição pela Artesp, a empresa comunicou que finalizou as obras em 07/06/2011. Portanto, no interregno de 28 dias corridos, a contratada logrou perfazer os 91,6% restantes da tarefa.
>
> Nesses termos, infere-se que a causa da celeridade dedicada pela concessionária somente decorreu da interpelação administrativa efetuada pelo ente público, em que houve clara sinalização de monitoramento cerrado sobre a consecução das obras.
>
> Desse modo, revelando-se necessária a atuação da agência contratante, não cabe cogitar-se de boa-fé da empresa, cabendo restabelecer a multa irrogada e, por conseguinte, proclamar-se a improcedência da ação. (Fl. 633).

Acesso ao Sumário

Ademais, não obstante a argumentação recursal, é 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 extraordinário con-

forme preceituado na Súmula 7, da Corte Superior.

Ressalto que as demais questões trazidas no agravo interno, por não se referirem à sistemática dos repetitivos, não serão aqui apreciadas, mas por recurso próprio a ser analisado pela Col. Corte Superior.

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita harmonia com o Tema 339/STF e o Tema 660/STF em razão da ausência de repercussão geral.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa da qual se ocupa o art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nego provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência dos recursos de fls. 754/766 e 771/793 que serão analisados pelas Cols. Cortes Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1506705-23.2020.8.26.0071/50001, da Comarca de Bauru, em que é agravante ALEXANDRE DA SILVA FORTE.

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 apresentado, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 824/825. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.361)**

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, 9 de janeiro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Acesso ao Sumário

RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. 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).

2. 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. 775/776) que, em parte, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

Sustenta a Defesa, em síntese, repisando as argumentações apresentadas em sede de recurso extraordinário, a inaplicabilidade do Tema 660 da Corte Suprema, ressaltando que a ofensa constitucional se deu de forma direta. Pretende, assim, o provimento do agravo interno, com o seguimento do apelo extremo (fls. 787/791).

A Procuradoria Geral de Justiça, devidamente intimada, se manifestou às fls. 806/817 e 818/822, sem contrariar, contudo o agravo interno. observando-se que, conforme orientação dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tal fato não configura nulidade alguma ("Habeas Corpus" nº 91.251/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 17.08.2007; "Habeas Corpus" nº 85.395/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 29.04.2005; "Habeas Corpus" nº 83.292/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.04.2004; "Habeas Corpus" nº 60.043/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 20.11.2006; Recurso Especial nº 699.013/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 11.04.2005).

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho a fls. 824/825, para a remessa dos autos, oportunamente, aos Colendos Tribunais Superiores, competentes para a apreciação dos agravos a fls. 781/793 e 795/803.

É o relatório.

Conheço do presente reclamo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Observo que houve a interposição de recurso extraordinário pela Defesa

Acesso ao Sumário

(fls. 686/709) suscitando, entre outras teses, afronta ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, bem como ao princípio constitucional do devido processo legal, alegando-se, respectivamente, ter sido tolhido o regular exercício do direito à entrevista reservada com advogado, bem como a ocorrência de excesso de prazo.

Sucede, porém, que, quando da análise do juízo de prelibação, constatou-se que a violação aos mencionados princípios constitucionais trazidos à baila no recurso extremo já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua aplicação era imperiosa, por expressa previsão legal (artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, da Lei Adjetiva Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal – fls. 775/776).

Revendo a questão, diante das ponderações defensivas às fls. 787/791, constato que seus argumentos não demonstram suficiente distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a referida aplicação do Tema 660 da Corte Suprema ao caso concreto.

Consignando, ainda mais uma vez, o conteúdo do precedente, verifico que a decisão agora combatida está em conformidade com o entendimento do Pretório Excelso que, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, 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.

E, como supradito, o apelo extremo indicou ofensa ao artigo 5º, LV, da Magna Carta (fls. 694, 696 e 708), bem como ao princípio do devido processo legal (fls. 705) debatendo questões que demandariam a análise de normas infraconstitucionais, tanto assim que idênticas matérias também foram debatidas no recurso especial (fls. 662/685).

Saliento, outrossim, que as demais impugnações apresentadas no recurso extraordinário foram abarcadas pelo capítulo da decisão que não admitiu o reclamo.

Resta demonstrado, então, que o paradigma da Corte Suprema se ajusta perfeitamente à hipótese dos autos, sendo de rigor a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno apresentado, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 824/825.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1000064-63.2021.8.26.0161/50001, da Comarca de Diadema, em que é agravante BANCO ITAUCARD S/A, é agravado VANDERLEY RIBEIRO FERNANDES (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 84.470)**

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, 12 de janeiro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. TARIFAS BANCÁRIAS. Tarifa de avaliação do bem. Validade. Revisão passível em caso de serviço não prestado e da presença de onerosidade excessiva no caso concreto (tema 958). Seguro. Imposição da seguradora a ser contratada pelo segurado. Vedação. (tema 972). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação dos entendimentos firmados no E. STJ em julgamentos repetitivos. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Banco Itaucard S/A contra decisão que, em demanda revisional, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.578.553/SP, 1.639.320/SP e 1.639.259/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que o V. Acórdão recorrido proferiu decisão em sentido oposto aos julgados mais recentes do E. STJ. Aduz a validade da cobrança da tarifa de avaliação de bem, ante previsão contratual e normativa pelo BACEN, como no caso ana-

lisado, cabendo ao julgador somente a análise da abusividade do valor da tarifa. Aponta que serviço foi efetivamente prestado, sendo juntado laudo comprobatório. Assinala que a tese vinculante decidiu que a contratação do seguro é lícita, desde que não seja condição para a concretização do contrato de financiamento. Destaca que no caso concreto restou demonstrada a opção de escolha pela contratação do seguro.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.578.553/SP, o E. STJ fixou as seguintes teses repetitivas: *"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"* (tema 958).

E, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1639320/SP e 1639259/SP, a E. Corte Superior firmou as seguintes teses: *"2.1 – Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do prégravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. 2.2*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

– Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 – A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora". Confira-se a fls. 244/246.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 234/239) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) invalidade da cobrança da tarifa de avaliação do bem, pois ausente a comprovação de que foi prestado o serviço correspondente; e (b) abusividade da imposição da seguradora a ser contratada.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Em relação à tarifa de avaliação cumpre salientar que o Recurso Repetitivo deixou consignado a sua validade, aferindo-se em cada caso a comprovação de que os serviços tenham sido efetivamente prestados e eventual onerosidade do valor dessa cobrança. Na espécie, observa-se haver autorização para a cobrança da tarifa de avaliação do bem (R$ 550,00 fl. 39). Sabidamente, o mercado como regra (e os órgãos de Estado, em particular) se vale de tabelas oficiais publicadas (Tabela FIPE, por exemplo) para estipular o valor dos veículos. Logo, se na particularidade do financiamento, a instituição financeira se serve de um avaliador específico, não pode deixar de produzir sua prova do custo para realizar o repasse ao cliente, não servindo como prova a simples apresentação do laudo de vistoria, sendo necessária a apresentação do recibo de pagamento, o que não ocorreu no caso em exame. Diante desse cenário, é indevida tal exigência, por trazer clara ofensa ao disposto nos artigos 46, parte final e 51, incisos I e IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor. (...) Não pode ser acolhido os argumentos apresentados pela agravante que sustenta a legalidade na cobrança das tarifas de seguro Proteção Financeira e Tarifa de Avaliação incluídas no contrato. A decisão agravada foi clara ao pontuar a respeito da cobrança irregular do seguro, constou que já havia manifestação da Corte Superior, assentando a ilicitude da prática, na medida em que o consumidor não teve opção de escolher seguradora de sua confiança, sendo compelido a contratar com seguradora indicada pelo credor. Além disso, tal conduta é incompatível com a liberdade de contratar, constituindo-se venda casada, o que é vedado"* (fls. 236 e 238).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0050924-60.2009.8.26.0564/50003, da Comarca de São Bernardo do Campo, sendo agravante Banco do Brasil e agravado Município de São Bernardo do Campo.

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 42.930)**

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, 18 de janeiro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.

– Determinação expressa do E. STJ para aplicação do tema 296/STF ao caso em análise.

– A questão referente ao caráter taxativo da lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte no leading case – RE n. 784.439/DF – Tema n. 296/STF.

– Turma Julgadora reconheceu similaridade entre os serviços listados e os tributados, sendo inadmissível nova incursão no conjunto probatório.

Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto com fundamento no artigo 1.030, § 2º do Código de Processo Civil (fls. 1988/1990) contra decisão que negou seguimento (CPC, art. 1.030, I, "b") ao recurso especial por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Corte Suprema nos autos do RE n. 784.439/DF – Tema n. 296/STF.

Alegou o agravante, em síntese, que o v. acórdão atacado teria entendido pela incidência do ISS sobre valores que não correspondem a receitas decorrentes da prestação de serviços.

É o relatório.

Inicialmente, observa-se que a aplicação do Tema 296/STF ao caso em

Acesso ao Sumário

análise se deu por determinação expressa do Eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 1974/1976).

O recurso não merece provimento.

Com efeito, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, parcela da decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no RE n. 784.439/DF (Tema 296) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixou a seguinte tese: É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva.

Não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do RE n. 784.439/DF, haja vista a matéria aqui tratada referente ao caráter taxativo da lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal.

A propósito, veja-se trecho do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstra a subsunção da matéria em análise ao tema indicado pelo STJ:

> É de se ressaltar ainda que a interpretação da referida lista apenas autoriza a identificação de serviços cuja previsão é expressa, apesar da nomenclatura diversa, o que, entretanto, não pode ser confundido com a vedada tributação de serviços que, apesar de efetivamente prestados, não constem das listas. (fls. 1791/1792)

Ademais, nota-se do voto condutor do julgamento que a Câmara fez análise pertinente das contas controvertidas e apresentou os fundamentos pelos quais considerou possível a tributação, concluindo pela incidência do ISS.

Divergir deste entendimento implicaria nova valorização do conjunto probatório trazido aos autos, o que não se admite nesta fase recursal de acordo com a Súmula 7 do Col. Superior Tribunal de Justiça.

Por oportuno, transcreve-se trecho do voto da Ministra Rosa Weber, relatora do Tema 296/STF, que soluciona bem a questão:

> No tocante ao fato do acórdão recorrido ter considerado possível enquadrar nos dois itens da lista as rubricas litigiosas, o recurso não merece provimento à luz do entendimento acima exposto de que é constitucional a adoção da sistemática de lista taxativa, ainda que sujeita a interpretação extensiva, dos serviços tributáveis pelo ISS. Se esse enquadramento foi feito de maneira correta é questão de que não se pode conhecer em recurso extraordinária, seja porque eventual violação da Constituição seria meramente reflexa, seja porque, não tendo o acórdão recorrido especificado as atividades exatas estariam compreendidas sob os títulos genéricos de "rendas de outros serviços" e "recuperação de encargos e despesas", a revisão da conclusão do seu enquadramento nos itens 95 e 96 da lista de serviços do DL 406/1968 demandaria revolvimento da

Acesso ao Sumário

matéria fática. (fls. 18/19)

Dessa forma, diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0000119-30.2018.8.26.0551/50002, da Comarca de Araras, em que é agravado RANGEL BUENO BONATO.

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 48.377)**

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 WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 26 de janeiro de 2023.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator no impedimento ocasional do Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.030, § 2º, DO CPC. NÃO PROVIMENTO.

1. Contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo interno, nos termos do artigo 1.030, §

Acesso ao Sumário

2º, do Código de Processo Civil. Escorreita a decisão.

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo nominado como interno/regimental interposto contra a decisão monocrática de fls. 507/508, da Presidência da Seção de Direito Criminal que, em razão de erro grosseiro cometido pela Defesa, não conheceu do agravo nos próprios autos endereçado ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 485/488), intentado contra a decisão que negou seguimento a recurso especial.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 514.

É o relatório.

Conheço do presente agravo regimental, nos termos do artigo 33-A, § 2º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Com efeito, o agravante aponta ocorrência de equívoco na decisão impugnada, buscando a sua reforma, com o consequente encaminhamento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 510/511).

A análise da argumentação defensiva, bem como da decisão impugnada, permite concluir que não há qualquer eiva a ensejar a alteração do deslinde alcançado às fls. 507/508.

Compulsado os autos, constato que contra a decisão de negativa de seguimento ao recurso especial, nos termos dos artigos 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal (fls. 482), houve a interposição de agravo nos próprios autos.

Nesse diapasão, oportuno salientar que o Código de Processo Civil de 2015, superando eventuais dúvidas existentes na Lei Adjetiva que o antecedeu, trouxe previsão clara e indubitável da existência de instrumentos específicos para impugnação das decisões de não admissão (agravo nos termos dos artigos 1.030, § 1º e 1.042) e de negativa de seguimento (agravo interno, cf. artigos 1.030, § 2º e 1.021) aos apelos extremos.

Acesso ao Sumário

Aliás, o Enunciado n. 77, da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, assim estabeleceu: *"Para impugnar decisão que obsta trânsito a recurso excepcional e que contenha simultaneamente fundamento relacionado à sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral (art. 1030, I, do CPC) e fundamento relacionado à análise dos pressupostos de admissibilidade recursais (art. 1030, V, do CPC) a parte sucumbente deve interpor, simultaneamente, agravo interno (art. 1021 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos recursos repetitivos ou repercussão geral e agravo em recurso especial/extraordinário (art. 1042 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos fundamentos de inadmissão por ausência dos pressupostos*

recursais.”.

De outro lado, acompanhando a disciplina da Lei Adjetiva Civil, o Regimento Interno deste Tribunal também dispôs sobre o cabimento do agravo interno contra decisão de negativa de seguimento proferida em recurso especial e extraordinário (artigo 33-A, § 1º, inciso I).

Assim, a clareza legislativa demonstra ser impossível albergar o pleito defensivo de processamento do agravo errôneo, uma vez que constatado o erro inescusável no manejo recursal, de forma que a existência de disposição expressa sobre o recurso cabível contra a decisão não abre espaço à utilização de instrumento diverso, sendo inaplicável, portanto, o princípio da fungibilidade.

Ressalto, ainda, que tanto a má-fé quanto o erro grosseiro – este último verificado no caso em análise – constituem óbices à aplicação do mencionado princípio – e, portanto, do artigo 579 do Código de Processo Penal –, para a admissão de recurso interposto equivocadamente. Nesse sentido, já se manifestaram os Tribunais Superiores: *“*(...) *O princípio da fungibilidade recursal aplica-se quando um recurso inadequado pode ser recebido como aquele legalmente previsto, pois há controvérsia, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso próprio para impugnar a decisão judicial e o comportamento processual do recorrente não configure erro grosseiro ou má-fé (...).”*[1] e *“A orientação sedimentada nesta Corte admite a fungibilidade recursal, a teor do art. 579 do CPP, quando, além de observado o prazo do recurso que se pretende reconhecer, não fica configurada a má-fé ou a prática de erro grosseiro.”*[2]

Bem por isso, era mesmo incabível a apreciação dos argumentos defensivos trazidos à baila no errôneo instrumento recursal, não podendo a defesa pretender, por vias transversas, a superação do não conhecimento de seu reclamo, ressaltando ser impossível, também nesta sede, a revisão dos fundamentos utilizados para a negativa de seguimento do recurso especial, que só poderia ser debatida, como já explicitado, com a interposição tempestiva da insurgência cabível (qual seja, o agravo interno).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2153814-66.2021.8.26.0000/50002, da Comarca de Campinas, sendo agravante MEDSEG SEGURANÇA ELETRÔNICA EIRELI e agravado ESTADO DE

1 Pet 7351, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 14/11/2017 PUBLIC 16/11/2017.

2 Ag. Reg no HC 662.264/RS, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, J. 17/08/2021, DJe 24/08/2021.

Acesso ao Sumário

SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.455)**

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, 1º de fevereiro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. Decisões monocráticas que negam seguimento aos recursos extraordinário e especial.

– 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* ARE n. 748.371/MT – Tema n. 660/STF, no qual se assentou a natureza infraconstitucional da questão.

– A questão referente à admissibilidade da exceção de pré-executividade na execução fiscal é idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos REsp nº 1.104.900/ES – Tema n. 104/STJ.

Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravos interpostos com fundamento no art. 1.030, § 2º do Código de Processo Civil (fls. 1/11 e 13/21 do Incidente) contra decisões que negaram seguimento (CPC, art. 1.030, I, "a" c.c. art. 1.035, § 8º e "b") aos recursos extraordinário e especial em razão da ausência de repercussão geral e por reconhecida identidade das matérias com orientações firmadas pelas Cortes

Superiores nos autos do ARE n. 748.371/MT e Resp. n. 1.104.900/ES.

Alegaram os agravantes, em síntese, ser equivocada a aplicação dos paradigmas, por não necessitar de dilação probatória, cuidando-se de matéria de ordem pública que ensejaria o conhecimento em sede de exceção de pré-executividade. Aduziu que existe repercussão geral da matéria, pois ocorreu ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

Com efeito, parcela das decisões agravadas proferidas em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alíneas "a" e "b", do Código de Processo Civil, são do seguinte teor:

> Quanto à questão referente à violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o STF considerou inexistente a repercussão geral em decisão proferida no ARE nº 748.371/MT, Tema nº 660/STF com a seguinte tese:
>
> A questão da ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites à coisa julgada, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009.
>
> No que diz respeito à questão referente ao cabimento da exceção de pré-executividade, no julgamento do REsp nº 1.104.900/ES, Tema nº 104, STJ, de 25.03.2009, publicada no DJe de 01.04.2009, o Col. Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese:
>
> A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Quanto à questão 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, a matéria está em consonância com à examinada pela Suprema Corte, na gestão por temas de Repercussão Geral no *leading case* ARE n. 748.371/MT, correspondente ao Tema 660, oportunidade em que não foi reconhecida repercussão geral da matéria, tornando soberano o v. Acórdão da Col. Turma Julgadora:

> Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.

Quanto ao recurso especial, nenhum reparo está a merecer a decisão ora

Acesso ao Sumário

agravada, haja vista a identidade entre a matéria aqui tratada referente exceção de pré-executividade proposta em execução fiscal e aquela examinada pela Corte Superior na sistemática dos recursos repetitivos REsp. nº 1.104.900/ES – Tema n. 104, com julgamento definitivo de mérito, asseverando:

> 2. A exceção de preexecutividade é admissível na execução fiscal, relativamente, às matérias conhecíveis de ofício que não demande dilação probatória.

A propósito, veja-se trecho do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstra a subsunção da matéria em análise ao tema 104 indicado pelo E. STJ, *verbis*:

> Intimada a agravada, esta indicou através de tabela que os juros moratórios aplicados ao débito estariam conforme a taxa SELIC, momento após o qual sobreveio a r. decisão agravada, que determinou não ser possível o reconhecimento de eventual excesso de execução, cuidando-se de matéria própria de embargos do devedor, diante da necessidade de maior dilação.
>
> A este respeito, entende-se que, em ação de execução fiscal, mostra-se possível a discussão relativa a matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória, nos termos da Súmula nº 393, de 07/10/2.009, do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Todavia, no caso dos autos, compreendo que a discussão a respeito de eventual excesso de execução, após já ter sido refeito o cálculo pela agravada para limitar os juros de mora à taxa SELIC, não é cabível, pois exige a realização de prova, o que não é permitido em sede de ação de execução fiscal.
>
> Ao contrário do que alega a agravante, não se trata de matéria conhecível de ofício que não demanda dilação probatória, pois, após o refazimento do cálculo pela agravada com aplicação de juros de mora limitados à taxa SELIC, eventual excesso de execução ainda remanescente após o novo cálculo depende de prova pericial contábil.
>
> Logo, para que se possa discutir a correção do novo cálculo apresentado pela agravada, no qual demonstrou ter aplicado a taxa SELIC como critério para os juros de mora, mostra-se imprescindível a realização de prova pericial, o que não é permitido na ação de execução fiscal. (fls. 210)

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita consonância com os paradigmas julgados pelas Cortes Superiores.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, o § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** aos agravos internos.

Anoto a existência de recurso contra a decisão que inadmitiu o Recurso Especial, cuja competência para apreciação é da Corte Superior (fls. 312/324).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1003248-98.2020.8.26.0084/50001, da Comarca de Campinas, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS DO CONDOMÍNIO CHÁCARAS BOM JESUS DO PIRAPORA, é agravado ADMIR TERZI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 89.584)**

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 fevereiro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. Cobrança de taxa de manutenção de não associado ou daqueles que a ela não anuíram. Inadmissibilidade (tema 882). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. Cobrança de taxas de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não-associado. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Agravo de Instrumento nº 745.831/SP, convertido no Recurso Extraordinário nº 695.911/SP (tema 492). Alegação de violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Necessidade de prévia análise de normas infraconstitucionais. Repercussão geral afastada no E. STF no Recurso Extraordinário com Agravo nº

Acesso ao Sumário

748.371/MT (tema 660). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravos Internos Cíveis** interpostos por Associação dos Proprietários do Condomínio Chácaras Bom Jesus do Pirapora contra decisão que, em demanda declaratória de inexigibilidade de cobrança de rateio de taxas associativas, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.280.871/SP e 1.439.163/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos, e contra decisão que **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 745.831/SP, convertido no Recurso Extraordinário nº 695.911/SP e abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada no E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT.

Alega, nas razões dos Agravos Internos em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário, que os temas 882 do E. STJ e 492 do E. STF não se aplicam ao caso sub judice. Consigna que o acordo homologado por sentença transitada em julgado, nos autos 1001348-85.2017.8.26.0084, implica na obrigatoriedade do pagamento das taxas e contribuições associativas, não cabendo discussão a respeito da condição de associado para a validade das cobranças. Aponta, nas razões do Agravo Interno em Recurso Extraordinário, violação à coisa julgada.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

Acesso ao Sumário

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, as teses firmadas nas E. Cortes Superiores sob o regime dos recursos repetitivos e sob a sistemática da repercussão geral não se aplicam ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018. Neste sentido, também, a Rcl nº 28.187/SP, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 18.12.2017, e a Rcl nº 28.223/SP, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 3.5.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados nas decisões recorridas é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais nºs 1.280.871/SP e 1.439.163/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram. Confira-se a fls. 290/293.

Por sua vez, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 695.911/SP, sob a sistemática da repercussão geral, manifestou-se definitivamente no sentido de que *"é inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis"*. Confira-se a fls. 287/289.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 219/226) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela inexigibilidade das cobranças de taxas de manutenção feitas por associação após a manifestação de interesse do proprietário em se desassociar.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"A liberdade de associação ou desassociação se sobrepõe ao eventual enriquecimento sem causa, decorrente dos serviços prestados, custeados pelos demais proprietários do loteamento, não podendo ser imposta a vinculação nos estatutos da associação civil. No presente caso há uma peculiaridade. Nos autos da ação de n. 1001348-85.2017.8.26.0084, as partes firmaram acordo no qual estabeleceram que o autor 'reconhece ser devida as contribuições/taxas mensais que são cobradas pela autora na demanda' (Cláusula 1 – fls 148), assumindo os ora apelantes a responsabilidade pelo 'pagamento mensal e pontual das taxas/contribuições vincendas cobradas pela Autora (rateio das despesas do loteamento), assim consideradas aquelas com vencimentos a partir de novembro/17' (Cláusula 5ª fls. 149). Assim, os termos do acordo, à luz do princípio da boa-fé objetiva e da vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium), evidenciam sua adesão tácita à associação, dispensando-se a comprovação de formal adesão. Por outro lado, não podem os recorrentes ser obrigados a permanecer associados contra sua vontade, porque no caso a vinculação não decorre da lei, nem da constituição do empreendimento, sob pena de afronta à garantia constitucional da liberdade de associação e, por decorrência lógica, de desassociação. Assim, a citação da ré nestes autos deve ser considerada o ato por meio do qual tomou ciência do desligamento dos autores, os quais a partir daquele momento não estão obri-*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

gados ao custeio dos rateios mensais da associação, sem prejuízo da obrigatoriedade do custeio das parcelas já vencidas e de seus acréscimos Legais." (fls. 225/226).

Outrossim, a Repercussão Geral é o instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao E. Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o art. 1.035 do CPC, *verbis*: *"O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)"*.

O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assinalou que a controvérsia relativa à violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal não apresenta repercussão geral, quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais, conforme se infere da seguinte transcrição: *"Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral"*.

No caso em apreço, a ofensa reflexa à Constituição Federal é evidente, uma vez que houve a necessidade de prévia análise da alegação de violação aos arts. 502 e 503 do CPC. Por conseguinte, correta a decisão agravada ao reconhecer a ausência de repercussão geral nas teses suscitadas pela recorrente.

As decisões agravadas, nestes termos, apenas aplicaram o regime dos recursos repetitivos e a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a" e "b", do CPC.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos internos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2168762-13.2021.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIRAJUÍ, é agravado PROCURADOR-

GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.840)**

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), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 8 de fevereiro de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo interno. Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário ligado a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral – Artigo 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente ao Tema nº 1.010 do Supremo Tribunal Federal – *Distinguishing* não demonstrado – Agravo interno não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, o Prefeito do Município de Pirajuí interpôs agravo interno.

Em síntese, argumenta que o caso não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 1.010), pois o cargo de "assessor jurídico" é constitucional.

Contraminuta a fl. 14/18.

É o relatório.

O agravo interno, previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 33-A, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não está em condições de ser provido, por correta a negativa de seguimento ao recurso extraordinário em tela.

Acesso ao Sumário

Cabe registrar que, para o provimento deste recurso, ao agravante incumbiria demonstrar que a específica hipótese retratada nos autos não está em consonância com o paradigma que originou a tese acolhida pela Corte Superior. Em outras palavras, o recorrente deve deixar claro o denominado *distinguishing*, a diferença fundamental entre o caso julgado neste processo e aquele exposto no paradigma. Possível, ainda, ao recorrente, mesmo se delineada alguma similitude com o indicado paradigma, comprovar situação fática específica capaz de prejudicar a aplicação do precedente qualificado.

O agravante, contudo, não se desincumbiu a contento. Com efeito, *in casu*, o acórdão alvo de recurso enfrentou adequadamente as questões apresentadas e, com fundamentos claros e coerentes, concluiu que:

*"**In casu, rogata venia** aos termos da inicial, há **inconstitucionalidade apenas em relação ao cargo de assessor jurídico**. Exame de suas atribuições vinculadas aos cargos impugnados – artigos 8º e 9º da Lei Complementar Municipal nº 02, de 7 de abril de 2021 (fls. 82/84) conduz à inafastável conclusão de que contrastam materialmente (nomoestática constitucional) com diretrizes da Carta Paulista, notadamente artigos 98 a 100, 111 e 115, incisos II e V."* (fl. 350).

(...)

*Aludidos cargos não trazem, a rigor, atribuições próprias de direção, chefia e assessoramento a demandar especial relação de fidúcia com o Chefe do Executivo, mas apenas plexo de atividades meramente técnicas, burocráticas e operacionais, **e próprias da advocacia pública**, distanciando-se da atividade superior inerente à natureza dos cargos em comissão, vinculada ao liame de confiança que deve existir entre administrador nomeante e servidor nomeado, superando singela obrigação de lealdade à Administração, que todo integrante de seus quadros deve possuir.*

Com efeito, inegável que as atividades acima consistem no desempenho de funções próprias da advocacia pública, disciplinada basicamente nos artigos 132 da Constituição da República, e 98 a 100 da Constituição Bandeirante.

Somente os detentores de cargo de provimento efetivo, aprovados pelo sistema de mérito através de regular concurso público de provas e títulos, estão constitucionalmente autorizados a representar judicialmente o Estado e a prestar consultoria jurídica." (fl. 352/353).

(...)

Portanto, nos termos da petição inicial, as atribuições funcionais do cargo de 'Assessor Jurídico' devem ser desempenhadas por membro efetivo da advocacia pública, inconstitucional previsão de seu exercício por titular de cargo em comissão." (fl. 354).

Acesso ao Sumário

O E. Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do RE nº 1.041.210 reconheceu a existência de repercussão geral e editou o tema nº 1.010, com a tese de que ***[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; [d] as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.*

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com referida tese e não existe motivo que autorize conclusão diversa. Em outras palavras, o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico aplicado ao caso paradigma, ausentes argumentos efetivamente novos neste agravo interno, restrito a repisar alegações já afastadas pelo Órgão Especial desta Corte.

E, diferente do que consta da petição de interposição desse recurso, os fundamentos antes expostos bastavam para conduzir ao não seguimento do recurso extraordinário.

Em suma, ausente demonstração do *distinguishing*, é plenamente cabível a incidência art. 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, com a negativa de seguimento ao referido recurso extraordinário.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1500998-25.2020.8.26.0540/50002, da Comarca de Mauá, em que é agravante DANIEL HENRIQUE BEZERRA LIMA.

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. 334. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.630)**

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-PRESIDEN-

Acesso ao Sumário

TE) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 9 de fevereiro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO 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).

2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Natureza e a quantidade da droga apreendida, consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena, cabendo ao juiz escolher em qual delas. Observada sempre a vedação ao 'bis in idem'. Recurso com repercussão geral reconhecida (Tema 712/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. 298/299) que, em parte, com fundamento nos Temas 150 e 712, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso especial, com base nos artigos 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

Sustenta a Defesa, em síntese, que o teor do Tema 150 do Excelso Pretório é distinto do caso ora em análise, asseverando que o precedente não tornou obrigatória o reconhecimento da circunstância judicial negativa e não definiu a perpetuidade dos efeitos penais da condenação. Ressalta, ademais, que o recurso especial não poderia ter sido obstado por temas do Excelso Pretório, uma vez que a competência para seu julgamento é do Superior Tribunal de Justiça. Pre-

Acesso ao Sumário

tende, assim, o provimento do agravo interno para dar regular processamento ao recurso especial (fls. 313/320).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 328/332.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 334 para a remessa, oportunamente, dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para a apreciação do agravo interposto às fls. 305/312.

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, pugnando, entre outras teses, pelo afastamento dos maus antecedentes e consequente fixação da pena-base em seu mínimo legal, indicando violação ao artigo 59 do Código Penal. Além disso, apontou ofensa ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, requerendo a aplicação do aludido redutor da pena em sua fração máxima, sob a alegação de que a natureza e quantidade da droga são circunstâncias a serem consideradas na primeira fase da dosimetria (fls. 261/280).

Sucede que, quando do juízo de prelibação de tal insurgência, observou-se que as mencionadas matérias debatidas já haviam sido submetidas 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. 298/299) 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 dos Temas 150 e 712 do STF ao caso concreto.

O recurso especial pretendeu o afastamento dos maus antecedentes pela aplicação, por analogia, do período depurador inscrito no artigo 64, I, do Código Penal (fls. 267/270), enquanto o acórdão (fls. 218/219), ao manter a mencionada circunstância judicial, asseverou que: *[...] A pena do réu foi fixada 1/3 acima do mínimo legal, pelos maus antecedentes e pela quantidade de entorpecentes apreendidos. O seu mau antecedente ficou bem evidenciado pela condenação constante à fl. 31 desses autos (0046006-77.2008.8.26.0554), a qual, apesar de já ter ultrapassado o período depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal (pena cumprida ou julgada extinta em 28/09/2012) e não poder ser considerada reincidência, deve ser valorada como maus antecedentes, ante a inaplicabilidade do prazo quinquenal aos maus antecedentes. Nesse sentido, entendimento do STJ: 'Conforme disposto no decisum ora recorrido, para elevação da pena-base, segundo o entendimento desta Corte, o período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes' (AgRg nos EDcl no REsp 1915069/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2021,*

Acesso ao Sumário

DJe 31/08/2021).”

Assim, considerando o argumentado no recurso especial e o teor do acórdão, consoante excerto acima transcrito, verifico que o mencionado *decisum*, nesse específico aspecto, está em conformidade com a interpretação exarada 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”*.

Igualmente, no que diz respeito ao Tema 712 da Corte Suprema, constato que não se vislumbra justificativa capaz para a não aplicação do citado precedente.

Nessa linha, o teor do v. acórdão, em especial às fls. 218/219, justifica a aplicação da sistemática da repercussão geral, uma vez que está em conformidade com o decidido pelo Pretório Excelso, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 666.334/AM (Tema 712), que, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional e reafirmou a jurisprudência no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser consideradas em uma das fases da dosimetria da pena, cabendo ao juiz escolher em qual delas, observada sempre a vedação ao ‘bis in idem’.

Assim, não se descurando da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, muito embora o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 preveja que a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, conforme o acima exposto, o Tema 712 do Excelso Pretório autoriza a utilização de tais critérios na primeira ou na terceira fase da dosimetria.

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.

Acesso ao Sumário

1 AgRg no AREsp 1.895.004/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 15/02/22, DJe 24/02/22.

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 morador, 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 os paradigmas da Corte Suprema ajustam-se perfeitamente à hipótese dos autos e que a decisão impugnada pautou-se pelas circunstâncias aduzidas no recurso especial, sendo, portanto, precisa e individualizada, de forma que a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada é de rigor.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 334.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1034717-95.2019.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e agravado MARCOS ANDERSON REPETTO DE OLIVEIRA.

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 44.492)**

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, 15 de fevereiro de 2023.

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 limitação do poder discricionário da Administração Pública em favor do direito de nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos, que estão classificados até o limite de vagas anunciadas no edital regulamentador do certame, é idêntica à examinada pela Suprema Corte, no leading case TEMA 161 – RE n. 598.099/MS.

Manutenção do decidido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (fls. 1/14 do Incidente) contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b' do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 598.099/MS.

Alegou a agravante, em síntese, equivocada aplicação do paradigma.

Aduziu a existência de situações excepcionais que justificariam a não nomeação de candidatos aprovados em concurso, como a impossibilidade orçamentária atual, a necessidade de observância dos limites de despesas com pessoal e a Covid – 19.

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 de seguinte teor, *verbis*:

> No que diz respeito à questão referente ao direito à nomeação, no julgamento do RE nº 598.099/MS, Tema nº 161, STF, DJe de 03.10.2011, o Col Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:
>
> O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação.

Nada a modificar na decisão hostilizada, haja vista que a matéria aqui tratada, referente à limitação do poder discricionário da Administração Pública em favor do direito de nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos, que estão classificados até o limite de vagas anunciadas no edital regulamentador do certame é idêntica àquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos no autos do RE n. 598.099/MS, correspondente ao Tema n. 161: "CONCURSO – NOMEAÇÃO – PODER – DISCRICIONÁRIO", oportunidade em que fixada a seguinte tese:

> I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

Consigne-se, por oportuna, reprodução de trecho do V. Acórdão da Turma Julgadora convergente à tese aplicada na sistemática dos repetitivos:

> No caso dos autos, seguindo a orientação do C. Supremo Tribunal Federal, observa-se que a Administração não apresentou justificativas relevantes as quais se enquadrem nos requisitos de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade – consoante os termos do v acórdão proferido no RE nº 598.099/M –, hábeis a comprovar a não convocação dos impetrantes, porque na grande maioria das ações judiciais, dessa natureza, a alegação da Administração Pública é sempre a mesma: dificuldades orçamentárias que dificultariam a nomeação dos aprovados em concurso público.

Acesso ao Sumário

A aprovação em concurso público dentro do número de vagas abertas confere direito à nomeação, e, daí, a nomeação não está na esfera do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, e não se pode tolerar, neste ponto, abuso em desrespeito à boa fé nas relações jurídicas.

Encontrando-se vago o cargo posto em certame, supõe-se a necessidade do serviço correspondente pela Administração.

Aliás, não houvesse necessidade, não se abriria, para o cargo, o concurso público.

Assim, houve afronta à boa-fé: primeiro, abre-se concurso público, gerando expectativa pública de contratação, e, após, sob a alegação de discricionariedade da administração e limitação orçamentária, afirma-se não mais ter necessidade do serviço correspondente ao cargo.

A falta de nomeação e posse do apelante aprovado, portanto, carece de justa motivação. Logo, de fato, houve comportamento abusivo e contrário à boa-fé que se há de exigir da Administração Pública.

Enfim, o querer discricionário da Administração Pública em sede de concursos públicos não equivale ao querer arbitrário nem se pode desbordar em abuso de direito, como se verificou no caso, em afronta aos princípios administrativos, inclusos os do art. 37 da CF, especialmente: (a) o da indispensabilidade de concurso público para preencher os cargos vagos; (b) o da falta de justa motivação na interrupção do processo de nomeação de candidatos aprovados até o número de vagas abertas e inclusas no edital; (c) o de respeito à boa-fé nas relações com a Administração; e, daí, também, (d) o da moralidade administrativa.

Não há, ainda, que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Poder Judiciário não invade a esfera discricionária do Poder Executivo ao deparar-se com situação de violação de direito subjetivo do impetrante à nomeação à vaga disponibilizada no edital do certame, legalmente amparado: apenas impõe sua observância.

Não se está, pois, na esfera discricionária nem da mera faculdade da Administração Pública, mas sim de vinculação à Lei, que assegurou ao candidato aprovado em concurso público direito subjetivo à nomeação.

Logo, não há intromissão indevida do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo nem quebra da tripartição de funções estatais, pois o exercício da jurisdição ocorre, repita-se, em face de direito subjetivo violado, e, deste modo, apenas se faz cumprir a lei e a ordem constitucional, em fundamentada decisão judicial, ante a lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF). (fls. 1413/1415).

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, de vez que está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos fica mantida a decisão.

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0024277-22.2019.8.26.0000/50003, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CARLOS MARQUES DOS SANTOS.

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 48.471)**

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 WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 24 de fevereiro de 2023.

DAMIÃO COGAN, Relator, no impedimento ocasional do Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO FUNDADO NO ARTIGO 1.042 DO CPC, INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.030, § 2º, C.C. O ARTIGO 1.021, AMBOS DO CPC. NÃO PROVIMENTO.

1. Contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo interno, nos termos do artigo 1.030, § 2º, c.c. o artigo 1.021, ambos do Código de Processo Civil. Escorreita a decisão.

Acesso ao Sumário

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo (fls. 269/285) interposto contra a decisão monocrática de fls. 236/237 e 263/264, da Presidência da Seção de Direito Criminal, que, em razão de erro grosseiro cometido pela Defesa, não conheceu do agravo de fls. 154/177, intentado contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 152).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 287/288.

É o relatório.

Conheço do presente agravo como regimental, nos termos do artigo 33-A, § 2º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Com efeito, o agravante, pretendendo a reforma da decisão monocrática, acena com o princípio da fungibilidade recursal, buscando o processamento de seu apelo extremo e repisando as matérias anteriormente arguidas (fls. 269/285).

Contudo, a análise da argumentação defensiva, bem como da decisão impugnada, permite concluir que não há qualquer eiva a ensejar a almejada alteração do deslinde alcançado na decisão de fls. 236/237, mantida às fls. 263/264.

Compulsados os autos, constato que contra a decisão de negativa de seguimento ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal (fls. 152), houve a interposição de agravo em recurso extraordinário, endereçado ao Supremo Tribunal Federal e fundado no artigo 1.042 da Lei Adjetiva Civil (fls. 154/177).

Nesse diapasão, oportuno salientar que o Código de Processo Civil de 2015, superando eventuais dúvidas existentes na Legislação que o antecedeu, trouxe previsão clara e indubitável da existência de instrumentos específicos para impugnação das decisões de não admissão (agravo nos termos dos artigos 1030, § 1º e 1.042) e de negativa de seguimento (agravo interno, cf. artigos 1.030, § 2º e 1021) dos apelos extremos.

Aliás, o Enunciado n. 77, da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, assim estabeleceu: *"Para impugnar decisão que obsta trânsito a recurso excepcional e que contenha simultaneamente fundamento relacionado à sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral (art. 1030, I, do CPC) e fundamento relacionado à análise dos pressupostos de admissibilidade recursais (art. 1030, V, do CPC) a parte sucumbente deve interpor, simultaneamente, agravo interno (art. 1021 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos recursos repetitivos ou repercussão geral e agravo*

em recurso especial/extraordinário (art. 1042 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos fundamentos de inadmissão por ausência dos pressupostos recursais.".

De outro lado, acompanhando a disciplina do Código de Processo Civil, o Regimento Interno deste Tribunal também dispôs sobre o cabimento do agravo interno contra decisão de negativa de seguimento proferida em recurso especial e extraordinário (artigo 33-A, § 1º, inciso I).

Assim, a clareza da disciplina legislativa demonstra ser impossível albergar o pleito defensivo de aplicação do princípio da fungibilidade para conhecê-lo como agravo interno, uma vez que se trata de erro inescusável no manejo recursal, de forma que a existência de disposição expressa sobre o recurso cabível contra a decisão não abre espaço à utilização de instrumento diverso.

Ressalto, ainda, que tanto a má-fé quanto o erro grosseiro constituem óbices à aplicação do mencionado princípio – e, portanto, do artigo 579 do Código de Processo Penal –, para a admissão de recurso interposto equivocadamente. Nesse sentido, já se manifestaram os Tribunais Superiores: *"(...) O princípio da fungibilidade recursal aplica-se quando um recurso inadequado pode ser recebido como aquele legalmente previsto, pois há controvérsia, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso próprio para impugnar a decisão judicial e o comportamento processual do recorrente não configure erro grosseiro ou má-fé (...)."*[1] e *"A orientação sedimentada nesta Corte admite a fungibilidade recursal, a teor do art. 579 do CPP, quando, além de observado o prazo do recurso que se pretende reconhecer, não fica configurada a má-fé ou a prática de erro grosseiro."*[2]

Ressalto, por fim, ter sido correto o não conhecimento pela Presidência da Seção Criminal de agravo manifestamente errôneo, consoante jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"1. A matéria controvertida se refere à possibilidade de o Tribunal de origem denegar o processamento do agravo em recurso especial lá interposto, com fundamento no seu manifesto descabimento, a incorrer ou não na usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A interposição do agravo em recurso especial – por não se submeter a juízo de admissibilidade, mas tão somente a juízo de retratação, nos termos do art. 1.042, § 4º, do CPC/2015 – impõe a subida dos autos a esta Corte Superior, seja pela ausência de retratação da decisão de inadmissão do apelo especial (ascendendo-se o mencionado agravo), seja pela efetiva retratação (ascendendo-se o recurso especial antes inadmitido).*

Acesso ao Sumário

1 Pet 7351, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 14/11/2017 PUBLIC 16/11/2017.

2 Ag. Reg no HC 662.264/RS, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, J. 17/08/2021, DJe 24/08/2021.

Ressalve-se, contudo, o entendimento da Corte Especial deste Superior Tribunal que, guardadas as devidas proporções, possibilita, excepcionalmente, ao tribunal recorrido obstar o seguimento do agravo em recurso especial, quando configurado evidente erro grosseiro e, desse modo, o seu manifesto descabimento, sem que isso caracterize usurpação de competência."[3]

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DO STJ PROFERIDO FORA DO ROL DO ART. 102, II, DA CF. NÃO CABIMENTO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ORDINÁRIO. PRECEDENTE DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal tem decidido pela flexibilização do enunciado da Súmula 727/STF nos casos de recursos manifestamente incabíveis, permitindo aos tribunais que não encaminhem à Corte Maior recursos inegavelmente errôneos, sem que isso importe em usurpação de sua competência. 2 A interposição de recurso ordinário contra acórdão que nega provimento a recurso ordinário em habeas corpus não se enquadra em nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no art. 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, a evidenciar a ocorrência de erro grosseiro, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal e possibilita seja negado trânsito ao recurso pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo interno não provido."[4]

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

3 Rcl nº 41229/DF, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 11.05.2022, DJe 17.05.2022.

4 AgRg no RO no RHC nº 115.240/PR, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04.03.2020, DJe 09.03.2020.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001435-26.2020.8.26.0443, da Comarca de Piedade, em que é apelante L.C.L.S., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PIEDADE.

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 38.887)**

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, 27 de janeiro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – TÍTULO QUALIFICADO NEGATIVAMENTE – VENDEDOR CASADO SOB O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – IMÓVEL RECEBIDO EM DOAÇÃO, COM CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE – DÚVIDA PROCEDENTE – ÓBICE MANTIDO – APELO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **L.C.L.S.** contra a r. sentença, proferida pela MM. Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Piedade, que manteve a

recusa do registro da Escritura Pública de Venda e Compra referente ao imóvel matriculado sob nº (...) da referida serventia extrajudicial (fls. 72/74).

A Oficial de Registro de Imóveis emitiu nota de devolução exigindo a outorga de R.C.S.F.S., casada com o vendedor do imóvel, J.S.F., nos termos dos artigos 1.647 e 1.648, do Código Civil (fls. 17/19).

Sustenta o apelante, em síntese, que a exigência formulada deve ser afastada, uma vez que o imóvel foi adquirido por doação, com cláusula de incomunicabilidade, e que, nos termos do artigo 1.668, do Código Civil, os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade são excluídos da comunhão, prescindindo, assim, da outorga conjugal (fls. 79/85).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 117/120).

É o relatório.

Pretende o apelante o registro da Escritura Pública de Venda e Compra lavrada perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Paruru, Comarca de Ibiúna, São Paulo, Livro (...), páginas (...), outorgada por J.S.F. em seu favor (fls. 21/24), discordando da necessidade de anuência da esposa do vendedor para aperfeiçoamento do negócio (nota de devolução acostada a fls. 17/19).

Da consulta à matrícula nº (...) do Oficial de Registro de Imóveis de Piedade diretamente no "site" da ONR, infere-se que o imóvel foi doado a J.S.F., casado sob o regime da comunhão universal de bens com R.C.S.F.S., com cláusula de incomunicabilidade, e, quanto a isso, não há controvérsia.

A pretensão do apelante esbarra na disposição trazida pelo artigo 1.647, I, do Código Civil, *in verbis*:

> *"Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:*
>
> *I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;*
>
> *II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;*
>
> *III – prestar fiança ou aval;*
>
> *IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação."*

Daí decorre que, conquanto os bens gravados com cláusula de incomunicabilidade estejam excluídos da comunhão entre os cônjuges, nos termos do artigo 1.668, I, do Código Civil, faz-se necessária, à luz do artigo 1.647, I, supra referido, a outorga uxória para aperfeiçoar o negócio jurídico do vendedor.

A questão da incomunicabilidade do bem imóvel diz respeito exclusivamente à atribuição patrimonial entre os cônjuges no momento da extinção da sociedade conjugal, ou na fixação de responsabilidades patrimoniais de cada

Acesso ao Sumário

cônjuge por conta da administração de seus bens particulares na constância da sociedade conjugal (artigo 1.665, do Código Civil).

Não tem por objeto o direito à livre disposição do bem durante o casamento, mas prevê apenas seu destino e atribuição em razão do fim da sociedade conjugal.

A necessidade da outorga uxória diz respeito às regras de tutela da entidade familiar, impedindo a realização de alienação de bens imóveis particulares por qualquer um dos cônjuges, salvo as exceções legais, sem que o cônjuge não proprietário concorde com o ato ou sua recusa seja formalmente suprida por decisão judicial.

Inexiste qualquer ressalva quanto à natureza do bem imóvel, se comum ou particular, caracterizando norma cogente, salvo exceções previstas expressamente na lei.

A respeito:

> *"(...) O dispositivo em estudo não faz referência à natureza do patrimônio que necessite de anuência de ambos os cônjuges, para ser alienado ou gravado com ônus reais, sendo certo, portanto, que a imposição abrange, também,* ***os bens particulares de cada cônjuge*** *(...)"* (Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência – Cláudio Luiz Bueno de Godoy .[et al.]; coordenação Cezar Peluso 14. Ed. Barueri [SP]: Manole, 2020, p. 1857 – grifei).

A norma visa, em termos finais, à proteção da entidade familiar e seu patrimônio mínimo para fins de consecução de seus objetivos, colocando a norma, tal entidade, em local privilegiado em relação aos direitos particulares do cônjuge.

E assim porque, embora a pessoa casada possa, livremente, praticar os atos necessários à mantença do casal, alguns negócios jurídicos são tão relevantes para o patrimônio de ambos e manutenção do núcleo familiar que, bem por isso, dependem da expressa anuência do outro cônjuge.

Destarte, independentemente da incomunicabilidade do bem, a anuência do cônjuge do alienante é requisito fundamental para a validade do ato, sem o que não se admite o ingresso do título no registro imobiliário.

Nesse sentido, recente precedente deste Colendo Conselho Superior da Magistratura:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura de venda e compra – Ausência de outorga uxória* – Óbice mantido – *Comunhão universal de bens – Imóvel doado com cláusula de incomunicabilidade – Dúvida procedente – Recurso não provido."* (TJSP; Apelação Cível 1001439-78.2020.8.26.0443; Rel. DES. RICARDO ANAFE (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 15/04/2021; Data de Registro: 23/04/2021).

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que, se um dos cônjuges não quer ou não pode anuir à venda que o outro pretende realizar e para a qual a lei exige a vênia conjugal, permite o Código Civil, em seu artigo 1.648, o suprimento judicial dessa concordância.

Nesse cenário, justifica-se a confirmação do juízo negativo de qualificação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1066509-18.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes C.M. e A.C.M., é apelado 9º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.886)**

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, 27 de janeiro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA INVERSA – USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – IMPUGNAÇÃO FUNDAMENTADA – INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO À ESCRITURAÇÃO ORDINÁRIA PARA A TRANSMISSÃO IMOBILIÁRIA COM O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 13, § 2º, DO PROVIMENTO CNJ 65/2017 – EXTINÇÃO DO PROCESSO EXTRAJUDICIAL – APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **C.M. e A.C.M.**,, em procedimento de dúvida inversa, visando a reforma da r. sentença (fls. 916/921) que manteve a rejeição ao pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião do imóvel objeto da matrícula nº (...) (apartamento (...), localizado no (...) andar do Bloco (...) do *Condomínio Residencial (...)*, situado na Rua (...), (...)), do 9º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, com a consequente extinção do processo e cancelamento da respectiva prenotação.

Aduzem os apelantes, em suma, que os requisitos necessários para a usucapião foram preenchidos, fazendo jus ao reconhecimento da aquisição do domínio. Apesar dos esforços encetados, mesmo depois de anos de disputas judiciais, não conseguiram a outorga da escritura pública de quem de direito, daí porque a usucapião extrajudicial revelou-se como o único meio capaz para a regularização da propriedade (fls. 927/934).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 953/958).

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 9º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

Sustentam os recorrentes que firmaram *"Termo de Adesão e Compromisso de Participação"* com a cooperativa vendedora *APCEF-COOP* para aquisição do seu apartamento no Empreendimento Residencial (...); que as unidades autônomas foram edificadas em imóvel cujos titulares de domínio são D.M. e esposa, os quais firmaram compromisso de compra e venda com a mencionada cooperativa.

Após o pagamento final das parcelas avençadas, contudo, receberam da *BANCOOP* (*Cooperativa Habitacional dos Bancários BANCOOP*) cobrança para pagamento de saldo residual do contrato. Juntamente com os demais adquirentes das unidades autônomas, então, associaram-se para ajuizamento de ação coletiva, que foi julgada procedente com a declaração de nulidade de cláusulas contratuais e a inexigibilidade da cobrança, além da condenação da APCEF-COOP e da BANCOOP à outorga de escritura definitiva das unidades autônomas aos associados adimplentes.

A associação recolheu o ITBI, mas o registro da carta de sentença não foi realizado por constarem como titulares de domínio dos imóveis o Senhor D.M. e sua esposa, inexistindo continuidade.

Em 2015, firmou-se acordo para outorga das escrituras públicas, mas a

Acesso ao Sumário

procuradora dos herdeiros do Senhor D.M. não compareceu ao Tabelião de Notas.

Diante disso, o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião referente ao imóvel descrito na matrícula n.º (...) do 9º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, foi deduzido e remanesceu rejeitado, dando azo à suscitação da dúvida inversa.

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

A dúvida foi suscitada em procedimento de usucapião extrajudicial, com fulcro 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.*
>
> § 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."*

O imóvel telado é de propriedade de D.M. e sua mulher A.C.S.M. (fls. 278/279) e foi prometido à venda à *Cooperativa Habitacional dos Associados da APCEF/SP*.

Todos impugnaram o pedido sustentando a necessidade de escrituração ordinária para a transmissão almejada.

A existência de impugnações ao pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião faz com que se aplique o disposto no § 10 do artigo 216-A, da Lei nº 6.015/1973:

> *"**Art. 216-A. (...) § 10.** Em caso de impugnação justificada do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum, porém, em caso de impugnação injustificada, esta não será admitida pelo registrador, cabendo ao interessado o manejo da suscitação de dúvida nos moldes do art. 198 desta Lei."* (Redação dada pela Lei nº 14.382/2022).

Ou seja, a impugnação fundamentada ao pedido de reconhecimento de usucapião afasta a via extrajudicial para o alcance da pretensão deduzida. E a impugnação impertinente ou protelatória, na esteira do já previsto no item 420.5, do Capítulo XX, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, impõe a sua rejeição, prosseguindo no processo extrajudicial.

Confira-se:

"420.5. Em qualquer das hipóteses acima previstas, os autos da usuca-

Acesso ao Sumário

pião serão encaminhados ao juízo competente que, de plano ou após instrução sumária, examinará apenas a pertinência da impugnação e, em seguida, determinará o retorno dos autos ao Oficial de Registro de Imóveis, que prosseguirá no procedimento extrajudicial se a impugnação for rejeitada, ou o extinguirá em cumprimento da decisão do juízo que acolheu a impugnação e remeteu os interessados às vias ordinárias, cancelando-se a prenotação."

E, no caso, as impugnações são fundamentadas.

Consoante dispõe o artigo 13, § 2º do Provimento CNJ 65/2017:

"Art.13. Considera-se outorgado o consentimento mencionado no caput do art. 10 deste provimento, dispensada a notificação, quando for apresentado pelo requerente justo título ou instrumento que demonstre a existência de relação jurídica com o titular registral, acompanhado de prova da quitação das obrigações e de certidão do distribuidor cível expedida até trinta dias antes do requerimento que demonstre a inexistência de ação judicial contra o requerente ou contra seus cessionários envolvendo o imóvel usucapiendo.

§ 2º. Em qualquer dos casos, deverá ser justificado o óbice à correta escrituração das transações para evitar o uso da usucapião como meio de burla dos requisitos legais do sistema notarial e registral e da tributação dos impostos de transmissão incidentes sobre os negócios imobiliários, devendo registrador alertar o requerente e as testemunhas de que a prestação de declaração falsa na referida justificação configurará crime de falsidade, sujeito às penas da lei".

Os documentos acostados aos autos indicam que as tratativas para a obtenção da transmissão ordinária estavam em curso. Um dos empecilhos alegados como intransponíveis era a falta da escritura definitiva em nome da *APCEF/SP*, compromissária compradora do imóvel.

Ocorre que dita providência foi sanada com a lavratura da escritura pública de venda e compra datada de 28/08/2020, pelo 2º Tabelião de Notas de São Paulo – SP, Livro (...), fls. (...) (fls. 695/698), inclusive já registrada em outras unidades do mesmo empreendimento.

Relevante frisar que a Cooperativa *APCEF/SP* afirmou em sua impugnação que apresentou dito ato notarial a registro na matrícula telada (n.º (...)) obtendo, contudo, qualificação negativa em razão da prioridade conferida ao pedido de usucapião extrajudicial telado.

Nesta ordem de ideias, forçoso reconhecer que o óbice à correta transmissão do imóvel não mais existe e o reconhecimento da usucapião extrajudicial implicaria em ofensa ao citado artigo 13, § 2º, do Provimento CNJ 65/2017.

A usucapião não pode substituir a escritura pública essencial à transferência do direito real sobre o imóvel, da qual decorre imposto devido ao erário público.

Acesso ao Sumário

Em suma, acolhidas as impugnações, o que torna despiciendo imiscuir-se na avaliação do cumprimento dos requisitos legais da usucapião extraordinária, a extinção do processo extrajudicial era mesmo de rigor.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009672-29.2021.8.26.0309, da Comarca de (...), em que são apelantes U.S.R. e E.M.R., é apelado (...) OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE (...).

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.871)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 7 de fevereiro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – TÍTULO JUDICIAL – MANDADO DE USUCAPIÃO – QUALIFICAÇÃO NEGATIVA – NOTA DE DEVOLUÇÃO QUE NÃO ELENCA TODAS AS EXIGÊNCIAS FORMULADAS, POSTERIORMENTE, POR OCASIÃO DA SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA – ÓBICES AO INGRESSO DO TÍTULO NO FÓLIO REAL CONFIRMADOS – REGISTRADOR QUE NÃO OBSERVA SEU DEVER DE EXAMINAR, DE FORMA EXAUSTIVA, O TÍTULO APRESENTADO – NECESSIDADE DE APURAÇÃO, PELO MM. JUIZ CORREGEDOR PERMANENTE, DE

Acesso ao Sumário

EVENTUAL PRÁTICA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR POR PARTE DO REGISTRADOR – NEGADO PROVIMENTO AO APELO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **U.S.R.** e **E.M.R.** contra a r. sentença, proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do (...) Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de (...), que julgou procedente a dúvida e manteve os óbices ao registro de título judicial – mandado de usucapião (fls. 394/396).

Da nota devolutiva constou o seguinte óbice ao pretendido registro (fls. 29):

> *"O presente mandado de usucapião fica qualificado negativamente, tendo em vista que o imóvel encontra-se georreferenciado, mas sem a devida certificação pelo INCRA."*

Nas razões da dúvida, o Registrador confirmou a prenotação do original do título e, além de manter a exigência constante da nota devolutiva de fls. 29, acrescentou quatro outros óbices: *"a) violação à unitariedade matricial vez que a área em questão é cortada por uma Avenida e existe sobre ela uma servidão de passagem em favor da Petrobrás, que foram descontadas no memorial descritivo, ficando, pois, evidente o seccionamento da gleba; b) necessidade de apresentação do CCIR; c) necessidade de georreferenciamento da servidão de passagem da Petrobrás; e, d) descrição no memorial de qual imóvel é beneficiado pela servidão de passagem de 3.168,61 m², com a indicação do número de registro ou matrícula, cartório em que se encontra registrado e nome dos proprietários* (fls. 01/10).

Em suas razões, os apelantes sustentam que a hipótese é de aquisição originária da propriedade e isenta de qualificação; que o levantamento topográfico da área utilizando georreferenciamento foi juntado aos autos; que após a primeira prenotação o oficial inovou apresentando novas exigências; a nulidade da sentença por omissões não supridas; que cabe ao INCRA providenciar a certificação do trabalho de georreferenciamento do imóvel; que foi apresentado o CCIR do exercício de 2021.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo não provimento do recurso (fls. 494/498).

Por meio da petição de fls. 503/505 requereram os apelantes a tomada de *"providências necessárias para que as adaptações do trabalho técnico feito nos autos da ação de usucapião sejam realizadas pelo jurisperito Engenheiro Rodrigo Alves de Camargo (correções no Levantamento Topográfico, obtenção*

da certificação do georreferenciamento pelo INCRA e atendimento das demais exigências do 2º Oficial de Registro de Imóveis), intimando-o para prestar esclarecimentos e manifestando o entendimento do cabimento do cumprimento de sentença proposto na ação de usucapião".

Às fls. 566/568 foram reiterados os termos da petição de fls. 503/505.

É o relatório.

A preliminar de nulidade não comporta acolhimento.

A despeito das alegações dos recorrentes, certo é que, ainda que de forma suscinta, cuidou o MM. Juiz Corregedor Permanente, por meio da r. decisão de fls. 394/396, de se pronunciar sobre as questões de direito aventadas, reportando-se à manifestação ministerial, julgando, ao final, procedente a dúvida registrária.

Ultrapassado este ponto, no presente caso, foi apresentado a registro mandado de sentença declaratória da aquisição, por usucapião, do imóvel localizado no perímetro rural de (...), na Avenida (...), nº (...), Sítio (...), designado de (...), com a área de 360.012,36 m².

O registro pretendido foi condicionado, entretanto, conforme nota devolutiva e razões da dúvida, ao cumprimento de cinco exigências: a) certificação do georreferenciamento pelo INCRA; b) retificação do memorial descritivo e laudo por violação à unitariedade matricial uma vez que a área em questão é cortada por uma Avenida, além de existir uma servidão de passagem em favor da Petrobrás, as quais foram descontadas do memorial descritivo, ficando, assim, evidente o seccionamento da gleba; c) necessidade de apresentação do CCIR; d) necessidade de georreferenciamento da servidão de passagem da Petrobrás; e e) descrição no memorial de qual imóvel é beneficiado pela servidão de passagem de 3.168,61 m², com a indicação do número de registro ou matrícula, cartório em que se encontra registrado e nome dos proprietários.

É preciso lembrar que ao registrador cabe examinar, de forma exaustiva, o título apresentado e que, havendo exigências de qualquer ordem, estas deverão ser formuladas de uma só vez (NSCGJ, Capítulo XX, item 38) e não, no curso do procedimento de dúvida.

No mais, compete anotar que tanto o MM. Juiz Corregedor Permanente quanto este C. Conselho Superior da Magistratura, ao apreciar as questões apresentadas no procedimento de dúvida, devem requalificar o título por completo.

Com efeito, a qualificação do título realizada no julgamento da dúvida é devolvida por inteiro ao Órgão para tanto competente, sem que disso decorra decisão ***extra petita*** ou violação do contraditório e ampla defesa, como decidido por este Colendo Conselho Superior da Magistratura na Apelação Cível nº 33.111-0/3, da Comarca de Limeira/SP, em V. Acórdão de que foi relator o Desembargador Márcio Martins Bonilha:

"Inicialmente, cabe ressaltar a natureza administrativa do procedimento da dúvida, que não se sujeita, assim, aos efeitos da imutabilidade material da sentença. Portanto, nesse procedimento há a possibilidade de revisão dos atos praticados, seja pela própria autoridade administrativa, seja pela instância revisora, até mesmo de ofício (cf. Ap Civ 10.880-0/3, da Comarca de Sorocaba). Não vai nisso qualquer ofensa ao direito de ampla defesa e muito menos se suprime um grau do julgamento administrativo. O exame qualificador do título, tanto pelo oficial delegado, como por seu Corregedor Permanente, ou até mesmo em sede recursal, deve necessariamente ser completo e exaustivo, visando escoimar todo e qualquer vício impeditivo de acesso ao cadastro predial. Possível, portanto, a requalificação do título nesta sede, ainda que de ofício, podendo ser levantados óbices até o momento não argüidos, ou ser reexaminado fundamento da sentença, até para alteração de sua parte dispositiva" (in "Revista de Direito Imobiliário", 39/339).

Nesse cenário, a irregularidade verificada não impede o prosseguimento do feito e tampouco a análise do presente recurso que, no entanto, não comporta acolhimento.

Com efeito, a origem judicial do título não dispensa sua qualificação pelo Oficial de Registro de Imóveis conforme decorre da pacífica orientação deste Col. Conselho Superior da Magistratura.

Neste sentido, entre outros, foram os v. acórdãos prolatados nas Apelações Cíveis nº 71.397-0/5 e nº 76.101-0/2, ambas da Comarca da Capital, e na Apelação Cível nº 30.657-0/2, da Comarca de Praia Grande, de que foi relator o DES. MÁRCIO MARTINS BONILHA, o último com o seguinte teor:

"Em primeiro lugar, salienta-se que o fato de ser apresentado a registro um título de origem judicial não o isenta do exame qualificativo dos requisitos registrários, cabendo ao registrador, como o firmado na Ap. Cível 15.028-0/7, da mesma Comarca de Praia Grande, apontar eventual hipótese de incompetência absoluta da autoridade judiciária, aferir a congruência do que se ordena, apurar a presença de formalidades documentais e, finalmente, analisar existência de eventuais obstáculos registrários, como é o caso".

Fixada esta premissa, o óbice relativo a apresentação do CCIR foi cumprido no curso da dúvida pelos recorrentes.

Contudo, *in casu*, não se há falar em dúvida prejudicada, uma vez que o óbice, como já dito, foi apresentado apenas nas razões de dúvida, não havendo, pois, como os interessados cumprirem-no anteriormente.

Os demais óbices, a despeito das ponderações dos recorrentes, não comportam afastamento.

A necessidade de sua certificação pelo INCRA consta do art. 9º, do Decreto nº 4.449/2002:

> *"Art. 9º – A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 225 da Lei nº 6015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.*
>
> § 1º – Caberá ao INCRA certificar que *a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio."*

Nestes moldes foi o parecer de lavra do então Juiz Auxiliar da Corregedoria, Dr. José Antônio de Paula Santos Neto, nos autos do Processo nº 24066/2005, aprovado pelo D. Corregedor Geral da Justiça à época, Desembargador José Mário Antonio Cardinale:

> *"A obtenção do certificado de não sobreposição emitido pelo INCRA é parte integrante e relevante do sistema de individualização imobiliária disciplinado no dito decreto. Logo, não é de se admitir o ingresso, no fólio real, de identificação truncada; incompleta. Nem parceladamente, a prestações. Configura a certificação verdadeiro requisito a ser observado. Aliás, sua exigência é um dos aspectos essenciais do mapeamento cadastral que se almeja erigir. Destarte, a bem da própria higidez do Registro Imobiliário, deverá ser desqualificado o ingresso da nova descrição quando o memorial não vier devidamente certificado. Do contrário, ferir-se-ia a lógica da estrutura concebida e se correria o risco, até, de permitir a vulneração da tábua por modificação aventureira das características da área rural, uma vez que sem a chancela de segurança do órgão oficial responsável. Além disso, a certificação diferida para o futuro poderia nunca chegar, criando-se perplexidade acerca do destino a ser dado àquela descrição precipitadamente abrigada".*

Por sua vez, o art. 226, da Lei de Registros Públicos dispõe: *"tratando-se de usucapião, os requisitos da matrícula devem constar do mandado judicial."*

E entre esses, encontra-se a exigência de identificação dos imóveis rurais pelo novo método descritivo, consoante norma extraída do art. 176, § 1º, II, 3, "a", a ser compreendida à luz dos textos de seus §§ 3º e 5º, da Lei nº 6.015/1973.

Assim, de rigor a manutenção do óbice, devendo, pois, os interessados providenciarem o trâmite administrativo para obtenção da certificação do geor-

Acesso ao Sumário

referenciamento pelo INCRA.

Ultrapassado este ponto observa-se, de fato, incorreção no memorial descritivo de fls. 474 dos autos da ação de usucapião nº (...), com ofensa ao princípio da unitariedade matricial.

Conforme informado pelo (...) Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de (...) (fls. 62/63) o imóvel usucapiendo é constituído pela Gleba de Terras sob nº (...), localizada no Sítio (...), objeto da transcrição nº (...) do Livro (...) e está registrado em nome de Y.M. e sua mulher F.M., o qual é onerado por uma servidão de passagem em favor da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás (fls. 64/65).

Efetuadas buscas no (...) Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de (...), com relação à transcrição nº (...) do (...) Oficial de Registro de Imóveis, foram localizadas as matrículas nºs (...) e (...) relativas às desapropriações de partes do imóvel da citada transcrição, não se localizando, contudo, registro que se tratasse do remanescente do referido imóvel (fls. 66/67).

Verifica-se do laudo pericial de fls. 431/475 dos autos da ação de usucapião nº (...) que o imóvel usucapiendo é cortado pela Avenida (...) e ainda existe sobre ele uma Servidão de Passagem em favor da Petrobrás.

Ao final do memorial descritivo de fls. 474 e quadro de áreas denominado "área de usucapião" de fls. 475 dos autos da ação de usucapião nº (...) observa-se que as áreas da servidão de passagem da ***Petrobrás*** e da mencionada Avenida foram descontadas do cômputo geral, importando, pois, no seccionamento da gleba usucapida.

O trabalho técnico deve, pois, ser adequado para resultar tantos imóveis quantos forem as porções resultantes do seccionamento feito pela via pública a fim de respeitar os princípios da unitariedade matricial e da especialidade objetiva.

Ademais, a área da servidão de passagem em favor da Petrobrás, que também deverá ser georreferenciada, não deve ser excluída porque não afeta a área total do imóvel.

A necessidade de perfeita identificação da servidão é imprescindível, considerando que se trata de limitação ao direito real que se pretende registrar.

A propósito, já ficou decidido que:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida Inversa – Carta de sentença – Servidão administrativa – Princípio da especialidade objetiva – Impossibilidade de identificar a servidão dentro da área de cada um dos imóveis atingidos, em razão da descrição deficiente nas respectivas matrículas – Dúvida julgada procedente – Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1005785-19.2017.8.26.0037; Rel. DES. PINHEIRO FRANCO (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Araraquara – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/12/2018;

Acesso ao Sumário

Data de Registro: 19/12/2018).

Assim sendo, correta a exigência formulada pelo Senhor Registrador, objetivando a exata identificação da servidão no imóvel, a fim de que seja preservado o princípio da especialidade objetiva.

Além disso, a despeito da descrição georreferenciada no projeto e memorial descritivo da servidão de 3.168,61 m², à luz do princípio da especialidade objetiva, não há como se afastar a exigência de indicação, nos trabalhos técnicos, a qual imóvel dominante se refere, com o apontamento do número de registro ou matrícula, cartório em que se encontra registrado e nome dos proprietários, cabendo apenas observar que esta exigência não prevalece para a servidão da Petrobrás, que é administrativa e foi instituída para a passagem de tubulações de oleoduto.

É também o teor do art. 220, I, da Lei nº 6.015/73:

"Art. 220 – São considerados, para fins de escrituração, credores e devedores, respectivamente:

I – nas servidões, o dono do prédio dominante e dono do prédio serviente".

No mais, as providências requeridas por meio da petição de fls. 503/505 *"para que as adaptações do trabalho técnico feito nos autos da ação de usucapião sejam realizadas pelo jurisperito Engenheiro (...) (correções no Levantamento Topográfico, obtenção da certificação do georreferenciamento pelo INCRA e atendimento das demais exigências do (...) Oficial de Registro de Imóveis), intimando-o para prestar esclarecimentos e manifestando o entendimento do cabimento do cumprimento de sentença proposto na ação de usucapião"* não comportam acolhimento nesta esfera administrativa, devendo ser, se o caso, buscadas diretamente na ação judicial de usucapião.

Consigne-se, por fim, que a atuação do Sr. Oficial merece ser melhor analisada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, na esfera administrativa, visando a apuração de eventual prática de infração disciplinar, porque não realizou o exame exaustivo do título por ocasião da nota devolutiva, complementando os óbices quando da apresentação das razões da dúvida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação, **com determinação**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033040-70.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante CÉLIA CANDIDA DIAS SIMÕES DIAS, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓ-

VEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 38.905)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 7 de fevereiro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA – IMÓVEL RURAL – ALIENAÇÃO DA INTEGRALIDADE DO IMÓVEL A MAIS DE UM ADQUIRENTE – FORMAÇÃO DE CONDOMÍNIO VOLUNTÁRIO SIMPLES – ANÁLISE DOS ELEMENTOS REGISTRÁRIOS QUE, NO CASO CONCRETO, NÃO PERMITEM CONCLUIR PELO USO DO INSTITUTO DO CONDOMÍNIO VOLUNTÁRIO COM O INTUITO DE FRAUDAR AS NORMAS QUE REGEM O PARCELAMENTO DO SOLO, DE NATUREZA COGENTE – AUSÊNCIA DE ÓBICE AO REGISTRO PRETENDIDO – APELO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DÚVIDA E AUTORIZAR O REGISTRO DO TÍTULO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Célia Cândida Dias Simões Dias** contra a r. Sentença, proferida pela MM. Juíza Corregedora Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campinas, que manteve a recusa do registro da escritura pública de venda e compra referente ao imóvel matriculado sob nº 25.270 da referida serventia extrajudicial (fls. 228/231).

Alega a apelante, em síntese, que o título ofertado a registro está hígido e apto à sua finalidade, não se justificando a manutenção do óbice registral, pois

Acesso ao Sumário

ausentes indícios de parcelamento irregular do solo. Salienta que o imóvel está devidamente regularizado e com cadeia sucessória no registro imobiliário há mais de 40 (quarenta) anos (fls. 243/252).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 282/285).

É o relatório.

Armindo Dias e sua mulher Célia Cândida Dias Simões Dias, por meio de escritura pública de venda e compra lavrada aos 22 de setembro de 2016, venderam o imóvel matriculado sob nº 25.270 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campinas, para Maria de Fátima Simões Dias Nadelicci e seu marido Gilberto Augusto Nadelicci, Maria Cristina Simões Dias de Souza Queiroz e seu marido Maurício de Souza Queiroz, Maria Camila Simões Dias, Antonio Mauricio Simões Dias casado com Ana Carolina Zanoni Gonçalves Dias (fls. 19/23).

Apresentada a registro a escritura pública de venda e compra, o Oficial de Registro de Imóveis desqualificou o título, consignando na nota de devolução o seguinte (fls. 40):

> *"1. Não é possível o registro da escritura pública de venda e compra apresentada, uma vez que:*
>
> *Conforme o Ofício nº 01/2011-JRA, datado de 03 de janeiro de 2011, expedido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, foi instaurado procedimento de Inquérito Civil nº 120/2009-MA-12º PJCAMP, através da Portaria nº 007/2009-MA, que versa sobre irregularidade no parcelamento do solo, venda de frações ideais de chácaras situadas no parcelamento rural denominado CHÁCARAS SAMAMBAIA.*
>
> *Revendo o PROTOCOLO dos títulos apresentados diariamente neste Primeiro Registro de Imóveis, verificou-se que no dia 30/05/2014, sob nº de ordem 407.179, foi PRENOTADO um Ofício sob nº 340/2014 – 12º PJ, datado de 16 de maio de 2014, expedido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, comunicando o DESARQUIVAMENTO dos autos do procedimento de Inquérito Civil nº 120/2009 – MA, instaurado através da Portaria nº 007/2009 – MA, para que este 1º Registro Imobiliário prossiga se abstendo de lavrar novos atos que tenham por objeto o registro de venda de frações ideais de chácaras situadas no parcelamento de solo rural denominado CHÁCARAS SAMAMBAIA aprovado pelo INCRA."*
>
> Mas não há como chancelar o óbice oposto à inscrição pretendida.

Por força da escritura pública, o imóvel foi alienado em sua totalidade pelos anteriores proprietários aos compradores, que pertencem a mesma família, formando um condomínio voluntário simples, sem que haja identificação de área certa a cada um dos adquirentes, com alienação e aquisição da propriedade

Acesso ao Sumário

em seu todo e em negócio único. As circunstâncias não se identificam com a formação de condomínio voluntário por alienações sucessivas de frações ideais, destinadas a burlar normas cogentes relativas ao parcelamento do solo.

Agarrou-se o Registrador, exclusivamente, ao que foi noticiado pelo órgão ministerial no ano de 2014 sobre investigações desencadeadas para apurar a *"venda de frações ideais de chácaras situadas no parcelamento de solo rural denominado Chácaras Samambaia aprovado pelo INCRA."* Esses elementos, com efeito, a bem ver são insuficientes para concluir pela fraude à lei.

Acrescente-se que é imprescindível todo o cuidado ao negar inscrições em tal caso, uma vez que o óbice, advindo de um exame material – e não meramente formal – dos requisitos registrais, colide com a presunção advinda do registro, no qual não constam, por ora, notícias de que seja prejudicada a disponibilidade do imóvel, e os adquirentes só podem ser surpreendidos com a impossibilidade de inscrição, se e quando de fato houver elementos robustos que indiquem o uso do registro público para prejudicar o cumprimento da lei.

Portanto, nada de positivo e determinante foi trazido aos autos que pudesse evidenciar, a partir da análise do título apresentado a registro, que tenha havido alienação e formação de condomínio decorrente de um parcelamento irregular ou fraudulento.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao apelo, a fim de **julgar improcedente** a dúvida e **autorizar** o registro da escritura de venda e compra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1106299-09.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GILBERTO DI SANTI e CELIA APARECIDA DI SANTI, é apelado 9º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.918)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de fevereiro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA INVERSA – USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – IMPUGNAÇÃO FUNDAMENTADA – INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO À ESCRITURAÇÃO ORDINÁRIA PARA A TRANSMISSÃO IMOBILIÁRIA COM O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 13, § 2º, DO PROVIMENTO CNJ 65/2017 – EXTINÇÃO DO PROCESSO EXTRAJUDICIAL – APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Gilberto Di Santi** e **Célia Aparecida Di Santi**, em procedimento de dúvida inversa, visando à reforma da r. sentença que manteve a rejeição do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião do imóvel objeto da matrícula nº (...) (apartamento (...), bloco (...), do *Condomínio Residencial (...)*, situado na Rua (...), nº (...), (...)), do 9º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, com a consequente extinção do processo e cancelamento da respectiva prenotação (fls. 685/690).

Aduzem os apelantes, em síntese, que os requisitos necessários para a usucapião foram preenchidos, fazendo jus ao reconhecimento da aquisição do domínio. Apesar dos esforços encetados, mesmo depois de anos de disputas judiciais, não conseguiram a outorga da escritura pública de quem de direito, daí porque a usucapião extrajudicial se revelou como o único meio capaz para a regularização da propriedade (fls. 696/702).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 721/724).

É o relatório.

Alegam os recorrentes que: a) firmaram TERMO DE ADESÃO E COMPROMISSO DE PARTICIPAÇÃO com a cooperativa vendedora *APCEF-COOP* para aquisição de um apartamento no *Empreendimento Residencial (...)*; e b) as unidades autônomas foram edificadas em imóvel cujos titulares de domínio são Dante Mestieri e Amália Cláudia Santelli Mestieri, os quais firmaram compromisso de compra e venda com a mencionada cooperativa.

Após o pagamento final das parcelas avençadas, receberam da *BAN-*

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

COOP (*Cooperativa Habitacional dos Bancários BANCOOP*) cobrança para pagamento de saldo residual do contrato. Juntamente com os demais adquirentes das unidades autônomas, associaram-se para ajuizamento de ação coletiva, que foi julgada procedente, com a declaração de nulidade de cláusulas contratuais e a inexigibilidade da cobrança, além da condenação da *APCEF-COOP* e *BANCOOP* à outorga de escritura definitiva das unidades residenciais aos associados adimplentes.

A associação recolheu o ITBI, mas o registro da carta de sentença não foi realizado por constarem como titulares de domínio dos imóveis Dante Mestieri e Amália Cláudia Santelli Mestieri.

Em 2015, firmou-se acordo para outorga das escrituras públicas, mas a procuradora dos herdeiros de Dante Mestieri não compareceu ao Tabelião de Notas.

Diante disso, o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião referente ao imóvel descrito na matrícula nº (...), do 9º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, foi deduzido e remanesceu rejeitado, dando azo à suscitação da dúvida inversa.

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

A dúvida foi suscitada em procedimento de usucapião extrajudicial, com fulcro no artigo 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.*
>
> *(...)*
>
> § 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.*"*

O imóvel em testilha é de propriedade de Dante Mestieri e sua mulher Amália Cláudia Santelli Mestieri (fls. 19/20) e prometeram vender à *Cooperativa Habitacional dos Associados da APCEF/SP*.

Ambos impugnaram o pedido, sustentando a necessidade de escrituração ordinária para a transmissão almejada.

A existência de impugnações do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião faz com que se aplique o disposto no artigo 216-A, § 10, da Lei nº 6.015/1973:

"Art. 216-A. (...) § 10. Em caso de impugnação justificada do pedido de

reconhecimento extrajudicial de usucapião, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum, porém, em caso de impugnação injustificada, esta não será admitida pelo registrador, cabendo ao interessado o manejo da suscitação de dúvida nos moldes do art. 198 desta Lei." (Redação dada pela Lei nº 14.382/2022).

Ou seja, a impugnação fundamentada do pedido de reconhecimento de usucapião **afasta a via extrajudicial** para o alcance da pretensão deduzida. E a impugnação impertinente ou protelatória, na esteira do já previsto no item 420.5, do Capítulo XX, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, impõe a sua rejeição, prosseguindo no processo extrajudicial.

Confira-se:

"420.5. Em qualquer das hipóteses acima previstas, os autos da usucapião serão encaminhados ao juízo competente que, de plano ou após instrução sumária, examinará apenas a pertinência da impugnação e, em seguida, determinará o retorno dos autos ao Oficial de Registro de Imóveis, que prosseguirá no procedimento extrajudicial se a impugnação for rejeitada, ou o extinguirá em cumprimento da decisão do juízo que acolheu a impugnação e remeteu os interessados às vias ordinárias, cancelando-se a prenotação".

E, neste caso, as impugnações são fundamentadas.

Consoante dispõe o artigo 13, § 2º, do Provimento CNJ 65/2017:

"Art. 13. Considera-se outorgado o consentimento mencionado no caput do art. 10 deste provimento, dispensada a notificação, quando for apresentado pelo requerente justo título ou instrumento que demonstre a existência de relação jurídica com o titular registral, acompanhado de prova da quitação das obrigações e de certidão do distribuidor cível expedida até trinta dias antes do requerimento que demonstre a inexistência de ação judicial contra o requerente ou contra seus cessionários envolvendo o imóvel usucapiendo.

(...)

§ 2º. Em qualquer dos casos, deverá ser justificado o óbice à correta escrituração das transações para evitar o uso da usucapião como meio de burla dos requisitos legais do sistema notarial e registral e da tributação dos impostos de transmissão incidentes sobre os negócios imobiliários, devendo registrador alertar o requerente e as testemunhas de que a prestação de declaração falsa na referida justificação configurará crime de falsidade, sujeito às penas da lei".

Os documentos acostados aos autos indicam que as tratativas para a ob-

tenção da transmissão ordinária estavam em curso. Um dos empecilhos alegados como intransponíveis era a falta da escritura definitiva em nome da *APCEF*, compromissária compradora do imóvel.

Ocorre que dita providência foi sanada com a lavratura da escritura pública de venda e compra datada de 28/08/2020, pelo 2º Tabelião de Notas de São Paulo – SP, Livro nº (...), fls. (...) (fls. 188/191), já registrada em outras unidades do mesmo empreendimento.

Relevante frisar que a *Cooperativa APCEF/SP* afirmou em sua impugnação que apresentou a registro, na matrícula nº (...), o ato notarial referido, obtendo qualificação negativa em razão da prioridade conferida ao pedido de usucapião extrajudicial telado.

Nessa ordem de ideias, forçoso reconhecer que o óbice à correta transmissão do imóvel não mais existe e o reconhecimento da usucapião extrajudicial implicaria em ofensa ao citado artigo 13, § 2º, do Provimento CNJ 65/2017.

A usucapião não pode substituir a escritura pública, essencial à transferência do direito real sobre o imóvel, da qual decorre imposto devido ao erário público.

Em suma, acolhidas as impugnações, o que torna despiciendo imiscuir-se na avaliação do cumprimento dos requisitos legais da usucapião extraordinária, a extinção do processo extrajudicial era mesmo de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

MOACIR ANDRADE PERES (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Sessão de Abertura do Ano Judiciário – 2023" (Cerimônia realizada em 01.02.2023).

(Cumprimentos).

Abre-se hoje mais um ano do Judiciário paulista.

A prestação jurisdicional é contínua. A Justiça está sempre vigilante, à espera daqueles que buscam a solução para seus problemas quando não a tiverem obtido de outra forma menos custosa.

Mesmo durante as festas do final do ano, nos quais há o merecido recesso do Judiciário, que permite o descanso não apenas dos trabalhadores do Tribunal, mas também, e principalmente, dos Advogados que incessantemente defendem os interesses de seus clientes, há Magistrados e Servidores a postos para resolver as questões urgentes que lhes forem apresentadas.

Mas, ainda que a Justiça não pare em nenhum instante, a cerimônia da Abertura do Ano Judiciário é tradição que perdura há décadas e que tem a finalidade de celebrar a harmonia entre os três Poderes no Estado de São Paulo, que atuam em parceria em prol da democracia.

É também nesta ocasião que esta Corte reconhece a indispensabilidade da contribuição dos demais profissionais envolvidos na prestação da Justiça – membros do Ministério Público, Advogados, Defensores, Servidores e tantos outros sem os quais seria impossível prestar os relevantes serviços demandados pelos cidadãos paulistas.

Alegra-me muito o convite para ser o orador do Tribunal nesta cerimônia, na qual se celebram, também, o próprio ofício da magistratura e a magnitude desta Corte. São de conhecimento público suas proporções, o número de processos julgados a cada ano, a produtividade de seus quadros e a capacidade de responder aos anseios dos jurisdicionados.

Acesso ao Sumário

De fato, esta Corte é responsável pelo julgamento de mais de um quarto dos processos judiciais de todo o país. Para bem desempenhar essa missão, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem feito avanços consideráveis, principalmente quanto à força de trabalho, à aplicação de recursos tecnológicos e à sustentabilidade, conforme é possível verificar no último Relatório de Gestão da Presidência, publicado no mês de dezembro.

No último ano, vencidas as restrições que haviam sido impostas em razão da pandemia da Covid-19, houve extensa contratação de Servidores efetivos e

nomeação de comissionados, de modo a suprir parte da demanda por força de trabalho existente, especialmente na primeira instância.

Além disso, houve expressiva digitalização de processos e ampla utilização de inteligência artificial em diversas frentes, medidas que têm alçado este Tribunal ao patamar de instituição alinhada ao Estado da arte da tecnologia.

Verifica-se nesta honrosa Instituição um esforço, partilhado entre Gestores e Servidores de todos os níveis, a fim de reduzir o impacto ambiental das atividades aqui desenvolvidas.

Mas acredito que o grande mérito desta Corte transcenda todas essas conquistas. A meu ver, o verdadeiro valor deste Tribunal está, paradoxalmente, na conjugação entre tradição e espírito inovador.

Andar pelos corredores deste Palácio da Justiça remete-nos ao espírito desbravador daqueles homens que consolidaram a ideia de um Judiciário forte e independente, fundamental ao desenvolvimento de um Estado trabalhador e promissor.

Seguimos, ainda hoje, os passos daqueles Juízes do passado.

Não se pode conceber um Magistrado desprovido de coragem e de independência. É preciso coragem para enfrentar a invencível carga de trabalho e os conflitos que se apresentam diariamente. É preciso força para superar o cansaço e afastar o desânimo. Mas, sobretudo, é preciso independência para bem decidir.

Antes de integrar as fileiras desta Corte, quando era ainda Advogado, por vezes, inadvertidamente, tomei essas características – coragem, força, independência – por outras menos nobres. Lembro-me das palavras proferidas no meu discurso de posse no saudoso TACrim [Tribunal de Alçada Criminal], que peço licença para repetir, perante esta Casa, a fim de ilustrar essa falsa percepção que captura tantos profissionais e cidadãos em geral.

Disse, naquela ocasião: “Imaginei, muitas vezes, que esta Augusta Corte, com a sua nuança austera, circunspecta, prudente e grave, refletisse nesta conduta uma superioridade que a si mesma atribuísse. Alguns meses de judicatura afastaram a pecaminosa crença, por experimentar e sentir o suave encanto de renúncia, modéstia, simplicidade e afeição, como talhe e feitio de cada um dos seus componentes. Aqueles que têm por profissão o dever de acertar, e por ideal continuar acertando, estampam na face a preocupação que o desavisado poderá confundir com a soberba, trocando, na interpretação, a virtude maior por condenável arrogância. O exibicionismo, esta parte tão vulgar e prosaica da personalidade, não prospera e não tem abrigo nesta Casa, inspirada permanentemente na busca da verdade científica e no engenho da sua efetiva aplicação.”

Passados quase trinta anos daquele primeiro discurso, posso hoje confirmar o acerto das palavras que acabo de repetir. O Magistrado vive em incessante luta na qual procura conciliar, de um lado, a necessidade de superar com preste-

Acesso ao Sumário

za a avalanche diária de tarefas e de deveres e, de outro, o imperativo da busca da verdade científica e da Justiça.

Os últimos anos têm elevado o obstáculo a ser superado pelo julgador quanto à busca da verdade científica. O Direito, em si, nunca foi estático. As leis, por sua própria natureza, devem refletir a realidade, que, em si, é mutável, razão pela qual são alteradas e revogadas constantemente. Também as interpretações se aperfeiçoam, com o paulatino surgimento de novas teorias doutrinárias e orientações jurisprudenciais.

Mas, nas últimas décadas, a dinâmica de aplicação de precedentes de observância obrigatória e de súmulas vinculantes, em todos os níveis de jurisdição, tem exigido do julgador ainda maior desvelo ao apreciar a norma aplicável a cada caso. Essa técnica, que uniformiza entendimentos e garante aos cidadãos maior segurança jurídica quanto à prestação jurisdicional, exige, entretanto, cuidados redobrados por parte do Magistrado e do sistema da Justiça.

Como visto, julgar é trabalho dos mais árduos.

Apreciando as aflições alheias, deve o Magistrado despir-se de preocupações pessoais e inclinações de espírito para, de forma imparcial e sempre pautado pelo Direito, buscar a verdade que se insinua em peças processuais, manifestações e sustentações orais. Seu esforço deve ter sempre como objetivo pacificar.

Nos órgãos colegiados, duas virtudes são acrescidas a essa arte: o espírito coletivo e a democracia. Diferentes opiniões são lançadas pelos julgadores, muitas vezes retratando diferentes interpretações sobre uma situação ou sobre o Direito aplicável, sempre de forma respeitosa e produtiva. São consideradas as divergências e ponderados os pontos relevantes de cada causa.

Ao final do cordial embate, o resultado é uma deliberação que, de um lado, atinge seu objetivo principal de pacificar um conflito e, de outro, celebra o espírito democrático que inspira não apenas esta Corte, mas todo o Poder Judiciário nacional.

Para bem desempenhar este mister, é preciso independência. Tanto o Magistrado, individualmente, quanto a Instituição, devem ser independentes para que possam cumprir sua missão de pacificação social, aplicando o Direito pertinente a cada caso de forma verdadeiramente imparcial, sem o risco de sofrer influências ou ameaças indevidas.

Mas a independência da Instituição inclui, sobretudo, um indispensável aspecto prático: a autonomia financeira e organizacional. Nesse ponto, esta Corte tem conseguido gerir suas contas de modo a custear a eficiente prestação do serviço jurisdicional, reduzindo despesas e elegendo prioridades que vêm sendo devidamente atendidas.

No aspecto individual, este Egrégio Tribunal tem garantido aos seus

membros os meios para a consolidação da independência funcional. Outorga-se a cada Juiz verdadeira autodeterminação sobre os rumos da própria carreira.

Independência e integridade são duas faces da mesma moeda. Padrões éticos devem ser perseguidos a fim de se manterem a reputação da instituição e dos seus membros e a confiança da população nos resultados da prestação jurisdicional.

A Corte paulista mantém-se ilibada, altiva e moralmente irrepreensível frente a qualquer obscuridade que se lhe apresente.

Mas ainda outros percalços se têm se apresentado aos Magistrados e a esta Corte, que não deixaram de enfrentá-los com valentia.

A revolução tecnológica e dos costumes, impulsionada pela ainda recente pandemia que assolou o mundo, alcançou-nos a todos. Também a Justiça foi levada a evoluir, adotando novos recursos tecnológicos, novas formas de trabalho e de interação, e novos meios de apurar sua produtividade.

Porém, como era mesmo previsível, esse salto tecnológico e de costumes impõe-nos novos desafios.

Desde o início dos tempos é impossível agradar a todos. É essa, aliás, a lógica do Direito. Os conflitos de interesses são resolvidos sempre em favor de um dos lados e a despeito da frustração do outro. O Magistrado, em suma, exerce a arte de, a um só tempo, agradar e desagradar, tendo sempre a lei como o fiel da balança.

Mas a atual era da informação, na qual os fatos são rápida e amplamente divulgados, amplifica o risco – que sempre existiu – de que ideias mal compreendidas ou errôneas sejam apressadamente multiplicadas. Aprofundou-se o perigo de abalo à imagem e à reputação de instituições e pessoas e de propagação de inverdades.

Acredito que, nesse momento histórico, seja necessário exercitar as virtudes da calma e da ponderação.

Aqueles que se encarregam da divulgação dos fatos devem analisar com mais profundidade, entender melhor as circunstâncias, verificar os dados.

Essas são atitudes que contribuirão para que os princípios da publicidade e da transparência, tão necessários à própria manutenção do Estado Democrático de Direito, atinjam suas finalidades de permitir a todos o conhecimento dos fatos, sem que haja abusos nem indevidas influências maliciosas.

Afinal, o que deve preponderar são os valores perseguidos por quem se empenha em atuar com Justiça, inclusão e retidão.

A Magistratura e o Poder Judiciário têm buscado, incessantemente, especialmente nos últimos anos, a proteção da democracia e dos objetivos consagrados em nossa Constituição Federal: a construção de uma sociedade livre, justa e

Acesso ao Sumário

solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O Judiciário, em todos os níveis desta Federação brasileira, tem atuado como verdadeiro guardião dos valores democráticos. É instituição independente e sustentável em relação aos demais Poderes, mas com eles harmônico na busca da superação dos desafios que os tempos atuais impõem e do devido atendimento aos anseios dos cidadãos.

Neste ano que se inicia, o cenário não será diferente. Sigamos em frente, na companhia dos demais operadores deste sistema de Justiça, de cabeça erguida e confiantes no cumprimento do nosso relevante dever.

Ao final, percorridas nossas trajetórias, perceberemos as marcas indeléveis de cada um de nós nesta instituição.

Reporto-me a Paulo Bomfim: "Nosso mundo extinto, nossas paixões extintas, nossas vidas extintas, tudo permanecerá nos lugares onde amamos, nos locais marcados por nossos risos e nossas lágrimas."

Este é o sentimento de perenidade que, tenho certeza, todos nós temos pelo nosso querido Tribunal de Justiça de São Paulo.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da "Sessão de Abertura do Ano Judiciário – 2023" (Cerimônia realizada em 01.02.2023).

(Cumprimentos).

Minhas Senhoras e meus Senhores,

A Abertura do Ano Judiciário é um marco tradicional do Poder Judiciário e São Paulo não difere desse posicionamento.

Acesso ao Sumário

O Tribunal de Justiça de São Paulo nós sentimos – e sentimos com toda a razão – que é um tribunal diferenciado. A grandeza do nosso Tribunal decorre de dois pilares concretos, que são seus Magistrados – seus Desembargadores, seus Juízes e o Juiz Substituto que acabou de entrar – e seus Servidores. E estes guardam como pilar ética, honra, dignidade, dedicação e comprometimento com o Poder Judiciário. Comprometimento com o dever de prestar a melhor jurisdição, de revelar a vontade do Estado. Isso é o Judiciário, é o poder do Estado. O Juiz quando ele decide presta um dever do Estado.

Essa grandiosidade do Tribunal de Justiça de São Paulo, vista por muitos como soberba de São Paulo, não é uma soberba de São Paulo. A independência

que tanto prezamos é algo de fundamental importância para o exercício da prestação jurisdicional. Como bem salientou o Desembargador Moacir [Andrade] Peres, é ela que garante a imparcialidade dos julgadores. E a autonomia administrativa e financeira faz com que o Judiciário tenha independência. Nós não somos um apêndice do Estado, do Poder Executivo, do Legislativo; somos um Poder independente e guardamos uma relação absolutamente harmônica com os demais Poderes, o Executivo e o Legislativo.

Não é um Tribunal qualquer. Representamos 27% da movimentação nacional, somando todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Federais, Tribunais do Trabalho e os Militares. É um Tribunal que tem uma produtividade enorme graças aos seus Juízes e seus Servidores, que têm o respeito de todos.

Agradar a todos nós nunca vamos. Sempre alguém acaba perdendo. Salvo se julgarmos extinto o processo sem apreciar o mérito, condenando o escrivão nas custas, como brincávamos antigamente. Mesmo assim, o escrivão vai reclamar, ou seja, não tem jeito.

Mas aplicar a justiça é isso. E o colegiado é um exemplo de discussão. Nós procuramos aperfeiçoar a prestação jurisdicional em sede recursal, quando é possível; às vezes só confirmamos. Na grande maioria as sentenças são confirmadas. E na decisão individual buscamos sempre – sempre – nunca nos separarmos das normas constitucionais e das normas legais.

Esse é um marco do Tribunal de Justiça de São Paulo. E é esse marco representado, repito, por seus Juízes e seus Servidores, que dá a aparência de soberba. E na realidade não o é; é da altivez do exercício do poder jurisdicional, que temos a obrigação de ter. Nosso maior capricho, nossa maior vaidade, é julgar bem. Isso é o que o Tribunal tem feito ao longo desses 149 anos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo é um grande exemplo e é esse exemplo que há de ser percebido e há de ser seguido pelos novos Juízes. Aliás, eu falei assim com eles quando vieram fazer a escolha das comarcas. Não são Juízes ainda, mas isso é muito importante. Essa tradição é muito importante. A busca da inovação tecnológica, por exemplo, a partir do mês de março, já começamos a receber os novos computadores. Computadores mais modernos, mais rápidos, monitores maiores. Esses pequenininhos, em especial para nós, Desembargadores, que já somos mais velhos. Todos têm presbiopia, uma dificuldade imensa.

Esse é o Tribunal de Justiça de São Paulo. É isso que nos orgulha. Ser Juiz no Estado de São Paulo é um orgulho imenso.

Estão todos de parabéns.

Declaro aberto o Ano Judiciário do Estado de São Paulo e encerrada essa solenidade de abertura. Muitíssimo obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

GISELA AGUIAR WANDERLEY (Juíza de Direito)

Discurso proferido em nome dos vitaliciados, na Solenidade de Vitaliciamento dos Aprovados do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 10.02.2023).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, cumprimento, na pessoa de Vossa Excelência, todos os membros da mesa e todas as autoridades aqui presentes.

Dirijo-me, ainda, e desde já agradeço aos membros da Banca Examinadora do 188º Concurso, na pessoa do Desembargador Ricardo [Santos] Feitosa, bem como aos coordenadores do curso de formação inicial, na pessoa do Desembargador Marcos Pimentel Tamassia, que tanto nos ensinaram.

Por fim, cumprimento os familiares e amigos que nos acompanham, os servidores da Casa e meus queridos colegas vitaliciandos.

Dois anos atrás, estávamos juntos, mas separados. Isolados diante de telas e câmeras, aguardávamos, ansiosos, pela transformação do sonho em compromisso. Hoje, entramos neste salão imponente pela primeira vez para uma cerimônia, já depois de nossas primeiras sentenças, de nossas primeiras audiências. Já trocamos de comarca, alguns tantas vezes, e entre tantas cumulações. Hoje, a jurisdição não é mais meta, quimera ou expectativa. É realidade, cotidiano e desafio. Assim, esta solenidade já não representa um momento de conquista como outrora, mas de renovação daquele mesmo compromisso. De nossa parte, Presidente, esperamos honrar a confiança em nós depositada e contribuir com nosso melhor para o prestigiado sistema de justiça paulista.

Sejam quais forem os trajetos de cada um, dois anos depois, não somos mais os mesmos. Afinal, esses dois anos foram suficientes não só para mudarmos de comarca, mas para mudarmos de perspectiva, de horizonte e de sentido.

Nesses dois anos, nossos concidadãos nos demandaram das mais diversas posições. Ora consumidores, ora empresários, ora proprietários, ora possuidores, ora contribuintes, ora o próprio Estado, ora vítimas, ora acusados. No mesmo dia julgamos a infração de trânsito e o *lockdown*, o latrocínio e a adoção, o pedido de medicamentos e a penhora de criptoativos. E assim vamos aprendendo a diferenciar os pedidos legítimos das demandas fraudulentas, a separar as defesas combativas dos métodos protelatórios, a discernir o direito que queríamos que existisse daquele que efetivamente existe e devemos aplicar.

Vamos aprendendo a ser independentes, mas não arrogantes. Imparciais, mas não indiferentes. Serenos, mas não apáticos. Racionais, mas não insensíveis. Técnicos, mas não burocratas. Vamos percebendo que não nascemos, nem viramos juízes. É a cada ato da jurisdição que nos concebemos e nos compreen-

Acesso ao Sumário

demos juízes. A cada despacho, a cada expediente. A cada dúvida enorme e a cada dúvida mirim. E, a cada erro e a cada acerto, vamos nos forjando, também, juízes de nós mesmos.

Vamos aprendendo, pouco a pouco, que Magistratura é dedicação, estudo e gestão. Gestão de processos, gestão de pessoas e, também, gestão do silêncio. Esta é uma carreira em que mais se escuta do que se fala, em que se pensa muito mais do que se escreve, em que não se comenta, não se rebate, não se retruca. Nesta carreira, aprendemos que é preciso esconder dentro da gente um pouco ou um muito do que somos, para sermos os juízes e juízas que precisamos ser.

Afinal, tão logo proferimos uma decisão, já sabem nosso nome, já procuram nosso rosto, já pesquisam para saber se temos *Twitter*, *TikTok*, *Instagram*. Mas o juiz não deve ser protagonista, nem produzir antagonismo. O juiz não ganha, nem perde causas. Não celebra, nem comemora as suas próprias sentenças. Não busca aplauso, não procura holofotes, não caça elogios. Não é mártir, nem herói.

No entanto, todo juiz é um sonhador. Um sonhador que aposta no Estado Democrático de Direito e que acredita que pode, com a autoridade da razão, ordenar as liberdades, desafiar o arbítrio, arrefecer abusos e distribuir direitos. Que acredita que pode frear o retrocesso, decotar o excesso, proteger o ofendido do criminoso e o criminoso do vingador. Que acredita que pode decidir, sem governar; que pode julgar, sem legislar. E que dia a dia se desafia e se realiza com a sua independência, de poder decidir não de acordo com o que dele esperam, mas de acordo com o que espera de si mesmo.

E assim aprendemos que a Magistratura é carreira não só para quem gosta do Direito, mas para quem gosta da vida, para quem gosta de gente. Porque nos faz contemplar o ser humano em seus problemas miúdos e suas questões grandiosas, que não raro se misturam. Porque nos faz descobrir sua capacidade para o bem e sua disposição para o mal, que sem maniqueísmo coexistem. Porque nos obriga a lidar com o desenvolvimento e com a miséria, com a inovação e com a corrupção, com a pluralidade e com o preconceito, entre tantas outras contradições que se colocam diante de nós, sob o contraditório.

Não é simples a jurisdição neste Brasil tão repleto de antíteses. Como nos ensinam as músicas, neste Brasil com S (Rita Lee), com tanto avesso do avesso do avesso (Caetano), e cuja gente ri quando deve chorar e não vive, apenas aguenta, mas mantém essa estranha mania de ter fé na vida (Milton).

É verdade que houve dias em que nos cansamos, nos exaurimos, nos esgotamos. Houve dias em que nos frustramos pelas dificuldades estruturais, nos abatemos pelas quedas do sistema, nos espantamos pelo acúmulo de prazos, cobranças, urgências. Houve mesmo dias em que precisei buscar ânimo diante da insistência na causa prejudicada, no apelo temerário, no pedido infundado.

Acesso ao Sumário

Houve dias em que chorei ao ler os autos, e outros em que segurei as lágrimas ao tomar o depoimento. Houve dias em que pensei, pensei e não encontrei a decisão certa. Houve dias em que li o noticiário e, lembrando os versos de McCartney, me perguntei se o que fazemos tem mesmo algum sentido.

Mas é então das pequenas e humanas variáveis do dia a dia que tiramos forças e renovamos nosso propósito. Do servidor comprometido que nos ampara e sem o qual pouco faríamos. Do estagiário interessado que se entusiasma e nos toma de exemplo. Do colega mais experiente que, generosamente, nos ensina outros caminhos. De cada jurisdicionado que, embora nos saiba falíveis, ainda insiste em acreditar na Justiça. E, sempre e sobretudo, é de vocês, de novo e de novo, que tiramos forças. Pais, mães, cônjuges, companheiros, filhos, familiares e amigos. Daqueles que estão aqui e daqueles que já não podem estar. É ainda de vocês, tantas e tantas vezes, que tomamos impulso para essa profissão tão árdua quanto apaixonante.

Assim, neste momento creio que, além de renovar o compromisso, o essencial é agradecer a vocês, os únicos que podem perceber nossas descrenças e nossas indecisões, e que ainda assim nos escoltam, nos arrimam e nos guiam, a tudo dando sentido.

Buscando inspiração nos Novos Baianos, na Magistratura nós vamos sendo como podemos. Vamos nos jogando no mundo, andando por todos os cantos. E pela lei natural dos encontros, deixamos e recebemos um tanto.

Muito obrigada por tanto!

RICARDO SANTOS FEITOSA (Presidente da Comissão do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura)

Discurso proferido por ocasião da Solenidade de Vitaliciamento dos Aprovados do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 10.02.2023).

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente desta Corte; Guilherme Gonçalves Strenger, Vice- Presidente; Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça; Artur César Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado; Wanderley José Federighi, Presidente da Seção de Direito Público; e Francisco José Galvão Bruno, Presidente da Seção de Direito Criminal, em cujas pessoas saúdo todas as demais autoridades presentes.

Queridos companheiros da Banca Examinadora, Antonio Carlos Villen, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Flavio Luiz Yarshell,

Antonio Benedito do Nascimento e Fernando Campos Scaff.

Meus queridos colegas do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura. Senhoras e senhores.

As recomendações que a experiência judicante de quase 44 anos sugeriu a este juiz já foram emitidas por ocasião da posse.

Agora aproveito o ensejo apenas para expressar minha grande alegria de reencontrá-los em solenidade presencial, da maior importância, significando o coroamento da longa jornada que empreenderam até o vitaliciamento, última etapa para que, investidos de todas as garantias outorgadas pela Constituição aos magistrados, não como privilégio, mas como condição para o desempenho independente da elevada missão, melhor possam servir à sociedade.

E manifestando meu júbilo, renovo a todos os melhores votos de uma carreira longa e feliz, para o que preparo certamente não lhes faltará, o que posso tranquilamente atestar.

Não poderia esquecer dos familiares e amigos presentes, alguns que se emocionaram comigo durante o exame oral, cujo apoio e incentivo teve grande importância no êxito hoje alcançado, pelo que os parabenizo fraternalmente.

Colegas mais jovens, certo de que cheios de energia e de sonhos contribuirão, na esfera de atuação de cada um, para a manutenção do prestígio do Judiciário Paulista, deixo a todos meu abraço sincero, pois a vocês credito o sucesso do certame a que, por deferência imerecida do Presidente Manoel de Queiroz Pereira Calças, tive a honra de presidir.

Que Deus os proteja sempre.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento da Solenidade de Vitaliciamento dos Aprovados do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 10.02.2023).

(Cumprimentos às autoridades).

Minhas Senhoras e meus Senhores,

É uma satisfação imensa presidir o ato de Vitaliciamento dos Juízes do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura. Sem sombra de dúvida, esse ato é uma conquista. Isso é indiscutível. Como bem frisou Sua Excelência, o Desembargador Ricardo Santos Feitosa, nesse momento se adquire a vitaliciedade, nesse momento se adquire o terceiro predicado constitucional, que garante a independência no exercício da Magistratura. Isso é de suma importância, isso tem um simbolismo muito grande. Daí a razão pela qual nós

fazemos esse ato, nós celebramos com solenidade o vitaliciamento dos novos Juízes. É um ato assaz importante. Nós passamos, a partir daí, a sermos vitalícios, ainda que a vitaliciedade constitucional seja uma vitaliciedade relativa e não absoluta, como sucede, por exemplo, no sistema norte-americano. Mas é uma vitaliciedade, e ela é muito importante.

Nós não podemos abrir mão, porque abrir mão da vitaliciedade é abrir mão de uma garantia que não é nossa, é uma garantia que é do Estado de Direito, é uma garantia de todo cidadão, ou melhor, de todo e qualquer um do povo. Nós não temos garantias próprias, as nossas garantias da vitaliciedade, da irredutibilidade e da inamovibilidade são garantias de toda a sociedade, para que tenhamos um Judiciário firme, isento e imparcial. Essa é a grande garantia, é a garantia da manutenção do Estado de Direito. E é isso que os senhores e as senhoras fazem em todos os dias, pouco importando o processo que despacham, que decidam, que sentenciam.

Cada despacho, cada decisão, cada sentença é uma representação da vontade do Estado, é o cumprimento do dever do Estado de pacificar conflitos, é o cumprimento do dever do Estado de prestar jurisdição. E toda vez que nós prestamos jurisdição – do juiz substituto ao Presidente do Tribunal – nós garantimos o Estado de Direito. Ou seja, é de suma importância; a vitaliciedade é de suma importância. A independência e a autonomia do Poder Judiciário são de suma importância, não para nós como pessoas, mas para todo o povo brasileiro.

Então, Senhores e Senhoras, Juízes do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura, estão todos de parabéns. Parabéns pelo vitaliciamento. Uma única colega não pôde se vitaliciar hoje por razões absolutamente pessoais, mas o vitaliciamento dela se sucederá assim que ela tenha condições de comparecer. Recebam os meus parabéns, os parabéns do Tribunal de Justiça, de todo o Conselho Superior da Magistratura.

Declaro encerrada essa solenidade de vitaliciamento dos Senhores Juízes e Senhoras Juízas do 188º Concurso de Ingresso na Magistratura.

Muito obrigado.

GABRIELA AFONSO ADAMO OHANIAN (Juíza de Direito)

Discurso proferido em nome dos empossados, na Solenidade de Posse dos Aprovados do 189º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 13.02.2023).

Boa tarde.

Inicialmente gostaria de cumprimentar a todos os presentes, em especial

aos membros deste Egrégio Tribunal de Justiça, na pessoa de seu presidente, o Excelentíssimo Desembargador Ricardo Anafe.

Cumprimento ainda aos membros da Banca Examinadora do centésimo octogésimo nono Concurso de Ingresso na Magistratura, também na pessoa de sua presidente, a Excelentíssima Desembargadora Sílvia Rocha, primeira mulher a ocupar o cargo.

Agradeço ainda, em nome de todos os meus futuros colegas, a oportunidade que nos foi confiada por esta Banca Examinadora. Se o concurso de ingresso não é simples, sua dureza foi amenizada pela gentileza e pelo respeito que nos foram demonstrados em todas as etapas.

Álea. Em latim, sorte; o ato de lançar os dados; jogatina. No jargão jurídico, a possibilidade de prejuízo simultaneamente à de lucro - ou, em outras palavras, o risco.

No dia 13 de fevereiro de 2022, há exato um ano, nós jogávamos os dados. Debruçados entre preliminares, filhos pródigos e pensionamentos, resolvíamos a prova de sentença cível. As duas horas da tarde de um domingo, confiamos nossos futuros à meia dúzia de laudas.

Porém, há muito mais de um ano, nós vivemos o risco, dia a dia. Equilibramos o sonho da magistratura com a inerente possibilidade do fracasso. Uma aprovação muito desejada, mas igualmente incerta.

Contudo, o que tem de ser tem muita força, tem uma força enorme. A força da ideia fixa, que, pendurada no trapézio do nosso cérebro, ocupava todo o espaço disponível. A resistência de continuar apesar dos reveses, perseverando quando a incerteza parecia tão forte a ponto de paralisar o mundo em uma inesperada pandemia.

É verdade que não enfrentamos a estrada sozinhos. Na travessia desse nosso Rubicão, contamos com o melhor dos exércitos. Um batalhão formado por nossos familiares, amigos e entes queridos, que conosco cerraram fileiras. Usualmente pacientes, por vezes ansiosos, e até mesmo irritados com as nossas inseguranças, eles nos acompanharam. E, por certo, continuarão a fazê-lo, porque lembremos, este é apenas o início da jornada.

Como juízes de direito, enfrentaremos o risco sempre presente em qualquer tomada de decisão. A responsabilidade inerente ao cargo que encerra, em seu próprio nome, a pretensão de dizer a Justiça.

Não nos enganemos, não há simplicidade quando o sonho e a realidade se encontram. Vacilaremos ao concluir que não há silogismo perfeito: o mundo insiste em criar perguntas para as quais os códigos não trazem respostas. Sentiremos saudade de nossas provas de sentença.

Por isso, desejo apenas que possamos, por mais uma vez, prosseguir. Dessa feita, por um caminho demarcado por cento e cinquenta anos de história, sob

Acesso ao Sumário

a estela de um Tribunal que não é feito de tijolos, mas da grandeza de sua gente.

Desejo que saibamos atuar lado a lado com servidores, advogados, defensores, promotores e jurisdicionados. Que possamos aplicar o imperativo, sem descuidar do prepositivo. Que tenhamos sensibilidade em ouvir, serenidade ao refletir, maturidade ao julgar. Que não nos descuremos de nosso papel de servir, com respeito, cordialidade e eficiência.

E quando nos faltar ânimo, se abatidos pela dureza do cotidiano, lembremos: Quem elegeu a busca, não recusa a travessia. Já dizia Guimarães, o que a vida quer da gente é coragem.

Muito obrigada a todos e parabéns aos mais novos juízes de direito do Estado de São Paulo.

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO (Advogado)

Discurso proferido em nome da OAB-SP, na Solenidade de Posse dos Aprovados do 189º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 13.02.2023).

Exmo. Sr. Presidente Ricardo Anafe;

Exmo. Sr. Corregedor Fernando Torres Garcia Demais membros do Conselho TJSP;

Exmos. Colegas da Banca, Luciana, Newton, Loureiro, Tereza e Silvia;

Demais Desembargadores, Juízes e Autoridades Presentes Funcionários do TJSP em especial que atuaram junto a Comissão;

Exmos. Novos Magistrados e familiares.

Poucos dias atrás, recebi a confirmação de que poderia lhes dirigir algumas palavras e confesso que, da mesma forma que recebi a ligação do Presidente Anafe (então corregedor) informando que eu estaria na banca deste concurso, senti um misto de alegria, vaidade e preocupação.

Alegria e vaidade pelo reconhecimento –, já no outono da carreira, do honroso convite para integrar esta banca. Preocupação com o peso da missão e da responsabilidade.

Impossível não se orgulhar, sim. Mas para quem só tem treino para falar, em público, de processo civil e falimentar, um desafio enorme.

Como representante da classe dos advogados na banca – e testemunha privilegiada do rigor do concurso em que as V. Exas. foram aprovados – felicito a todas, todos e cada um.

Vencidos quase dois anos de provação V. Exas. venceram aquela que pode

Acesso ao Sumário

ser a batalha profissional mais importante de sua vida e para a vida. V. Exas. não ingressaram somente na Magistratura. mas na maior e mais importante Justiça do país.

Claro que com alegria e regozijo, vem a responsabilidade. Perante o Estado, perante a Sociedade, seus entes queridos e perante si próprio – que é onde deve estar seu mais severo julgador.

Em breve, estarão em suas comarcas – e, em todas elas, encontrarão devotados servidores do TJSP dispostos a colaborar na atividade a ser desempenhada.

Esses servidores são fiéis depositários da experiência forense proporcionada pelo convívio com dezenas de magistrados que já passaram por cada uma das Comarcas em que atuarão e que lá ocuparam a mesma cadeira que em breve será de V. Exas.

Do mesmo modo, encontrarão advogados que, não preciso a esta altura da vida passar a mão na cabeça dos colegas, na maioria das vezes, podem não ter o conhecimento jurídico teórico igual ao de V. Exas. Mas, tenho certeza, também podem agregar a prática forense tão importante para a carreira de V. Exas.

Que as fricções não toldem a visão. A advocacia também pode ser sofrida. As dificuldades não são poucas nem pequenas. Muitas vezes depende-se do Convênio da assistência judiciária para sobreviver. Mas o esforço para cumprir a missão com zelo e honra subsiste. Por todas essas razões, todos merecem respeito e cordialidade.

Nem todos são santos, claro. Nem diabos. Pelo caminho sempre se poderão topar com raposas vestidas de cordeiro. Mas não estranhem se for o inverso. E se alguém lhes disser que vocês são os melhores juízes ou juízas que já passaram pela Comarca. Quem sabe: pode ser verdade. Mas o provável é que seja a mais descarada bajulação.

Não economizem no entusiasmo. É uma carreira luminosa. Haverá alguns dias pedregosos. Outros também. E outros piores ainda. Mas nenhuma dificuldade, nenhuma crise, nada, mas nada mesmo será tão compensador quanto o momento sublime e estupendo em que a justiça se faz. E em homenagem a esse momento mágico que ouso fazer algumas recomendações.

V. Exas prestaram concurso para exercício da função jurisdicional e no meu entender isto significa:

a) não prestaram concurso para super-herói; portanto, não achem que podem resolver todos os problemas da localidade ou do mundo; cada agente político deve ser responsável e limitado as suas funções;

b) do mesmo não devem julgar tendo em mente o que a sociedade pensará

Acesso ao Sumário

da sua decisão; V. Exas. não estão inscritos em um concurso de relações públicas, de Mr. ou miss simpatia; sua função não é agradar mas decidir com justiça o caso concreto; se espelhem nos Desembargadores de sua Banca e naqueles que compõem o Conselho da Magistratura.

c) V. Exas devem fazer justiça, mas não devem entender o termo justo como aquilo que cada um acha que é o certo ou errado, interpretando a norma como lhes convém e quando a norma não os ajuda a esse fim, lançar mão de um princípio; e quando utilizam um princípio, devem fazê-lo dentro do maior rigor científico para que seu significado jamais seja aquele V. Exas querem, independente do que está escrito;

d) a base fundamental do nosso sistema democrático é a lei; vivemos lamentavelmente um modismo em que a pretexto de fazer justiça, as leis são ignoradas; não se trata de tese novidadeira (como quase nada na ciência do direito, com todo o respeito); há um século, pelo menos, o tema era discutido e o chamado ativismo rejeitado;

Como advogado, ouso afirmar, que o verdadeiro herói é o magistrado que está em cada rincão deste Estado, cumprindo o papel a que foi designado, e, na maior parte dos casos, o ápice da citação do seu nome nos jornais deve ser: procurado por este veículo de imprensa, afirmou que não se pronuncia a respeito dos casos que julga.

Mas, por outro lado, não permitam que se lhes atribuam decisões, afirmações ou intenções que não correspondam à realidade. Sejam discretos, mas zelem com firmeza pelo seu nome.

No mais, boa sorte na sua nova e longa trajetória e que Deus os abençoe.

TEREZA CRISTINA MALDONADO KATURCHI EXNER (Procuradora)

Discurso proferido em nome do MP-SP, na Solenidade de Posse dos Aprovados do 189º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 13.02.2023).

Acesso ao Sumário

Prezados empossandos,

Os desafios de nosso País são imensos. Há necessidade de encontrar uma forma de crescimento que possibilite também a melhora da situação social que marca toda a nossa história e, além disso, de estabelecer políticas de integração claras para permitir que um contingente imenso de brasileiros venha a ter acesso a uma vida digna.

A atuação do Poder Judiciário é de fulcral importância para o alcance desses objetivos, notadamente no sentido de propiciar a inclusão.

É imperioso, portanto, que, além do conhecimento técnico do arcabouço de leis que formam nosso ordenamento jurídico, o juiz sempre esteja consciente da função social de sua atividade, às vezes mais visível e outras mais camuflada, mas invariavelmente presente.

Como integrante dessa augusta comissão de concurso, permito-me exortá-los a terem sempre por norte de atuação diuturna os valores éticos de respeito ao cidadão, independentemente de sua situação, sobretudo os mais vulneráveis, e a busca incessante do avanço dos direitos sociais previstos em nossa Carta Maior.

Desejo a todos e a cada um, com imenso carinho, sucesso nessa grandiosa missão.

SILVIA ROCHA (Presidente da Comissão do 198º Concurso de Ingresso na Magistratura)

Discurso proferido por ocasião da Solenidade de Posse dos Aprovados do 189º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 13.02.2023).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, em nome de quem cumprimento todas as Desembargadoras e Juízas, todos os Desembargadores e Juízes e todas as autoridades presentes, já antes nominadas.

Senhoras Juízas e senhores Juízes substitutos.

Senhoras e senhores advogadas, advogados e membros do Ministério Público.

Senhoras e senhores funcionárias e funcionários deste Tribunal.

Familiares e amigos dos que hoje tomam posse. Senhoras e senhores.

"Deus quer, o homem sonha, a obra nasce." (Fernando Pessoa).

Todos nós sonhamos com este dia e estamos muito felizes, não?

Garanto-lhes, deste dia, Vossas Excelências, os novos juízes e juízas do Poder Judiciário de São Paulo, jamais se esquecerão.

Trabalharam árdua e incansavelmente para chegar até aqui e merecem nossos mais efusivos cumprimentos, assim como merecem-nos todos os que os apoiaram e hoje os prestigiam, já que ninguém vence nem é bom sozinho.

A recompensa, garanto-lhes ainda uma vez, é maior do que as dificuldades pelas quais passaram.

A Magistratura proporciona aperfeiçoamento intelectual e pessoal, au-

Acesso ao Sumário

toconhecimento, amizades verdadeiras, que começam a se forjar antes mesmo do dia da posse, habilita a viver sem desnecessárias ilusões, a compreender o sofrimento, matéria-prima de quem julga, a reprimir a violência e tentativas de ofensa à liberdade e ao estado de direito, a reequilibrar desigualdades e a restabelecer a paz.

Saibam, desde logo, que o Juiz trabalha na exata proporção da relevância de suas funções. Muito, portanto, do início ao fim da carreira. Ser trabalhador e honesto, também intelectualmente, não são, porém, qualidades do Juiz. São pressupostos.

O Juiz deve ter paciência. Essa é uma de suas qualidades e, para consegui-la, é preciso abandonar o personalismo, si-len-ci-ar, prestar atenção e ouvir. Sem esse exercício, que deve ser cotidiano, não se enxergam as pessoas, a profundidade e as causas de seus dramas nem se chega às melhores soluções. Sem paciência não há tolerância, menos ainda o indispensável respeito.

O Juiz precisa ser independente. Não no interesse de suas convicções pessoais, mas daqueles a quem serve. O compromisso que tem é com a sua consciência e com as regras do direito.

O Juiz precisa ser corajoso, porque o exercício da judicatura implica contrariar, para pacificar. Coragem, é bom lembrar, não se antagoniza com ponderação e equilíbrio.

O Juiz deve estudar, afastando, na medida de suas forças, a mediocridade, a mesquinhez e o preconceito, porque a vida, também a do Juiz, é aprendizado. Conhecer a necessidade de se aperfeiçoar continuamente, pessoal e intelectualmente, é exercício de humildade.

Só quem tiver humildade, conhecer a si e admitir sua dimensão humana compreenderá as causas e as consequências do erro alheio, expressará o justo, segundo a lei, sem arrogância, mas com firmeza, serenidade, sobriedade e eficiência.

O Juiz tem de ser discreto. Ele não é o que se convencionou chamar de celebridade. Suas crenças, valores e convicções pessoais, legítimas que sejam, não podem ser impostas aos jurisdicionados. Não se admite proselitismo. As partes precisam crer e confiar na imparcialidade e na seriedade de quem os julgará.

Acesso ao Sumário

Estas não são todas as qualidades do bom julgador, mas a perseverança em adquiri-las, o que demanda tempo, tempo, tempo, tempo propício (como diz Caetano), conduzirá a todas as demais.

A inteligência artificial, como se vê, por melhor instrumento que seja, e não se nega que é, não substitui o bom Juiz e a boa Juíza.

Como lhes disse no início, ninguém vence sozinho. Para que Vossa Excelências pudessem estar aqui, hoje, comemorando, contamos com todo o apoio da Presidência deste Tribunal e trabalharam muito os bons funcionários da Se-

cretaria da Magistratura, aos quais agradeço, mais uma vez, com o mais sincero reconhecimento.

Os demais membros da Comissão de Concurso trabalharam também incansavelmente, com a excelência técnica que lhes é peculiar, sempre com boa vontade e plena consciência da relevância da função de identificar os mais vocacionados e preparados, dentre os quase vinte e três mil candidatos iniciais.

Por isso, justo é que também enviem suas mensagens, que eu tenho, agora, a honra de transmitir, à exceção do Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro, e da Procuradora de Justiça, Dra. Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner, que já nos dirigiram a palavra.

Diz-lhes o Desembargador Newton de Oliveira Neves:

"Repeti, ao longo do concurso e por diversas vezes, que tão importante, ou até mesmo mais importante, que o conhecimento técnico-jurídico é a forma de sua interpretação e aplicação moldurada pela forma humana do julgador. Por isso, se pudesse pedir aos senhores alguma coisa nesse momento tão importante, pediria vez mais que não sejam meros replicadores da lei. Operem as mudanças que o direito propicia aos julgadores, sem esquecer, jamais, que essas mudanças interferem na vida das pessoas. Ou seja, apliquem com sabedoria o conteúdo da norma, mas não esqueçam, jamais, da moldura humana."

Do Desembargador Francisco Eduardo Loureiro:

"Uma palavra aos novos juízes: o protagonista do sistema judiciário não é o juiz, nem o promotor de justiça ou o advogado. O grande protagonista é a parte, o cidadão que procura o Poder Judiciário. É para a parte que o sistema existe. É a parte que sustenta o sistema. Lembrem-se disso a cada dia de judicatura."

A Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani:

"Estimados colegas empossados. No ano em que nosso Tribunal completa 149 anos, lembrem sempre que integram, agora, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Honrem nosso Tribunal e sua história, de cuja construção farão parte; tenham orgulho, sem perder a humildade; altivez, sem jamais descurar do cuidado com cada jurisdicionado; segurança, sem abandonar os estudos e a capacidade de rediscutir ou rever os temas, com vistas ao constante aprimoramento. Que o compromisso feito hoje seja repetido e vivenciado em cada dia do exercício da jurisdição. Felicidade e realização a todos."

Por fim, eu ainda lhes digo:

O Juiz trabalha aperfeiçoando o imperfeito, dando um tempo, dando um jeito (como diz Gilberto Gil), porque a perfeição é uma meta, mas, ainda que ninguém chegue a ser um Pelé, todos podem ser um Tostão e ao solucionar litígios, dando a cada um o que é seu, dar propósito à própria vida.

Nossas obras ficam conosco. Somos herdeiros de nós mesmos. Por isso,

Acesso ao Sumário

façam o melhor que puderem. Retribuam o que a vida lhes está proporcionando e sejam dignos da Magistratura.

Meu desejo é que Vossas Excelências sejam felizes, sendo juízes e juízas.

Que assim seja!

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da Solenidade de Posse dos Aprovados do 189º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 13.02.2023).

(Cumprimentos).

Para o Tribunal de Justiça é uma satisfação enorme dar posse aos novos Juízes Substitutos. O sistema brasileiro escolheu um sistema de concurso meritório e com absoluta transparência. Esse sistema meritório de transparência é que nos traz hoje 98 novos juízes dop 189º Concurso de Ingresso na Magistratura e, como foi dito, muitas lições foram das. Lições não de hoje, mas lições para amanhã. Lições para o futuro. Não tenho a menor dúvida. O mais fácil ficou para trás. Agora começa o mais difícil.

Prestar a jurisdição é um trabalho diário. É uma dedicação diária. Os senhores estão ingressando no Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal de Justiça de São Paulo representa cerca de um quarto de toda movimentação nacional. Isso inclui todos os Tribunais de Justiça, os 27; todos os Tribunais Regionais Federais; toa a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar. A movimentação judiciária do Tribunal de Justiça de São Paulo supera a casa dos 20 milhões de processos. E uma quantidade imensa. E essa grandeza do Tribunal de Justiça de São Paulo decorre de seus Magistrados e de seus Servidores.

Tenham isso em mente: o Juiz há de ser honrado, há de ser reto, há de ser comprometido com a melhor prestação jurisdicional, buscando sempre a eficácia e a eficiência. É o binômio mesmo da qualidade e da brevidade.

Não percam jamais a humildade e, ao mesmo tempo, sejam ativos sempre que decidirem. Sejam altivos ao presidir os atos. Sejam firmes, o que não significa deixar de lado a humildade, o dever de estudar, o dever de ouvir e de ler. Muito respeito às partes, aos Advogados, aos Promotores de Justiça, aos Defensores Públicos, a todos que atuam. Agir com educação e respeito, independentemente de qualquer coisa, é agir com altivez, é agir com nobreza, e é isso que se espera.

Os senhores enfrentarão dificuldades, como todos nós aqui já enfrentamos, alguns com mais de quatro décadas de exercício de Magistratura. E não tenho dúvida, a maior satisfação que nós tivemos nesses anos é a melhor pres-

tação jurisdicional. Lembro que, ainda Juiz Substituto em Jundiaí, fiz uma audiência em que consegui a conciliação do casal. Isso para mim ficou marcado sobremaneira, por ter conseguido essa conciliação. Eu pacifiquei um conflito e essa pacificação de conflito preservou a coisa mais importante em termos de sociedade, que é a célula *mater* dessa sociedade, a família.

O juiz tem que ter a vaidade de decidir cada vez melhor, o que não significa "copia e cola". Não é isso. É decidir melhor, saber interpretar, conhecer a hermenêutica, conhecer a lei, conhecer a doutrina, a jurisprudência. Hoje, então, quando nós vivemos em campo do IRDR, do IAC, as demandas repetitivas, as funções de competência, os reflexos das súmulas vinculantes, os repetitivos, a repercussão geral... Julguem bem.

Sejam os senhores e as senhoras Juízes Substitutos muitíssimos bem-vindos ao Tribunal de Justiça. É uma honra para mim, falo em meu nome e em nome de todo o Conselho Superior da Magistratura.

Muitíssimo obrigado. Declaro encerrada essa cerimônia de posse.

Acesso ao Sumário